C. 1. 3. 6.

Ex libris Caroli Antonij de Rosa . 1740.

D. N.

IVSTINIANI

PERPETVI AVGVSTI

INSTITVTIONVM

SIVE

ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magiſtrum & Exquæſtore ſacri palatii, & Theophilum & Dorotheum, viros illuſtres, & Anteceſſores,

LIBRI QVATVOR

Emendatiſſimi ex editione IACOBI CVIACII.

IN EOSDEM

IANI A COSTA ANTECESSORIS CLARISS.

COMMENTARIVS

Nunc primùm editus operâ ac ſtudio G. N.

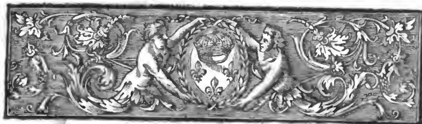
Cum variis Indicibus.



LVTETIÆ PARISIORVM,
E Typographia EDMVNDI MARTINI, viâ Iacobæâ, ſub Sole aureo.

M. DC. LIX.

CVM PRIVILEGIO REGIS.



ILLVSTRISSIMO VIRO

HIERONYMO BIGNON

COMITI CONSISTORIANO,

IN SVPREMO GALLIARVM SENATV

ADVOCATO CATHOLICO,

ET REGIÆ BIBLIOTHECÆ PRÆFECTO.

G. NYVARD in eodem Senatu causarum Patronus S. P. D.

PATERE, VIR ILLVSTRISSIME, *tuo nomine ac patrocinio commendari, quas publici juris facio Iani A Costa Iurisconsulti eximii in libros Institutionum recitationes. Certè ut ederem author fuisti: & cùm tibi minùs, quàm omnibus natus, publica commoda quácumque datum est provehere non cesses; ex quo illarum lectione captus es non destitisti hortari, ut tanti viri quas habeo in Ius utrumque lucubrationes, non sinerem diutius in privatis quorumdam*

Studiosorum musæis, aut nullius, aut paucorum utilitati supprimi. Placuit igitur, VIR ILLVSTRISSIME, *iis in Institutiones commentationibus probare tibi obsequium meum; & hoc quodam veluti proludio, ad cæterarum quæ supersunt editionem viam præmunire. Omnibus his quibus Ianus A Costa vel ex vngue, quod aiunt, notus est, quidquid ejus nomen prætulerit acceptißimum fore non dubito. Plures tamen sunt, quibus nescio quo fato factum est, vt antecessor vndecumque doctißimus, & si vnum eximas Cujacium nulli secundus, penitus ignoretur. Ad quos tandem hæ recitationes perventuræ sint, non minimam accipient existimationis & commendationis acceßionem, si sciant eas à te,* VIR ILLVSTRISSIME, *summopere probari. Cui enim quotidianis experimentis notum non est, quantâ vi ingenii, quantâ eruditione, quantâ perspicuitate, Iuris vtriusque fontes, quos à Patre numquam satis laudato hausisti, in publicarum & privatarum caussarum disceptationibus effundas? Quis te sæpissime miratus non est, & nominis, & dignitatis, & omnium tanti Heroïs virtutum meritißimum successorem? vt vel hoc vno poßit viri incomparabilis, & cui vix parem posteri videbunt, desiderium leniri. Multa cùm supersint, quæ de tuis eximiis dotibus hîc jure delibare possem; plura in laudes tuas vt conge-*

ram non patitur ille virtutum, quæ te maximè laudandum efficiunt, comes ingenuus pudor. Hoc vnum addam, me, qui tibi tot tantísque beneficiis obstrictus sum; hoc, quidquid est, lubentissimè & obsequii, & animi in te mei testationem consignasse. Vale VIR ILLVSTRISSIME.

Lutetiæ Paris. Kal. Aug. 1659.



LECTORI.

HABES hîc, AMICE LECTOR, *Iani A Costa Iurisconsulti eximii, Antecessoris Tolosani, recitationes in libros Institutionum priores, & posteriores: quæ cùm simul & conjunctim editæ, prout series textus quem explicant desiderat, vicem justi commentarii fungi possint, eas ex doctorum virorum consilio tibi hoc titulo exhibemus: posterioribus tamen asterisco notatis, vt possis tanti viri secundas curas à prioribus distinguere. Etsi verò non ausimus puras putas præstare, vt eas ab Auctore ipso habere potuisses, si illi visum fuisset editione publicâ suarum lucubrationum de omnibus bene mereri: quod in nobis tamen fuit, & comparatis quæ habuimus exemplaribus, & conquisitis in fontibus ipsis legibus, & variorum auctorum locis, quos passim ad illustrationem profert, id efficere conati sumus, vt minimum desiderari posset. Suus hîc foret de Iano A Costa dicendi locus; sed cùm hoc abunde præstitum sit à clarissimo, & doctissimo viro Ioanne D'Auezan Antecessore Aurelianensi, qui tanti doctoris per integrum quinquennium auditor fuit, nihil amplius hac de re à nobis debes expectare. Porro si conatum nostrum,* AMICE LECTOR, *acceptum tibi esse comperiemus; breui ejusdem magni viri in Ius Canonicum lucubrationes, saltem quas nancisci poterimus, speres licet. Atque hîc omnes studiosos rogamus, si quid habeant quo possint & nos, & publica commoda juvare; vt benignè nobiscum velint communicatum, bonâ fide, quàm celeriter fieri poterit, exhibituris. Vale.*





ELOGIVM
IANI ACOSTA
IVRISCONSVLTI DOCTISSIMI ET CELEBERRIMI.



CADVRCI, quod erat natale solum, bene positis, jactísque liberalium, & ingenuarum artium fundamentis, partâ omnigenâ Latinæ, & Græcæ linguæ peritiâ, amœniorúmque musarum amne trajecto, quorum omnium cognitio viam sternit ad graviora, (nam vt rorem, & imbrem etiam adultæ segetes poscunt, ita subliniiores scientiæ literas) Biturix ciuitas Ianum ACosta prima vidit immensum Iuris pelagus intrantem, ibíque occursantes scopulos, & vada obstantia superantem, hoc literario comitatu stipatum, & præsidio instructum suspexit. Fuerunt hæc prima civilis disciplinæ tentamenta omni ex parte felicia.

Deinde, vt incœpta ad optatam metam perduceret, penitiora Themidis adyta multo sudore mixto labori perlustrauit, pectúsque suum legum sacratiorum succo imbuit, eo voto, vt quidquid in iis operæ & industriæ collocaret, id totum Deo offerret, eíque sementis suæ frugem, ac messem omnem devoveret, floccipendens sine pietate literaturam quantumcumque excellentem, & eximiam, & meritò certè: hæc enim verè eruditionis basis est, quæ lato & læto tramite ad nominis æternitatem ducit.

Quàm egregiè hodierni Iuris studiosi irent consultum, si ejus in hoc premerent vestigia, virtuti, sapientiæ, & pietati litantes, ac legum scientiæ, quæ est res sanctissima, addiscendæ seriò incumbentes. Hic enim Iurisconsultorum libros assiduè legebat, illos in sinu, in oculis habebat, quod est verè Auctores imitari, non libare tantùm, sed imbibere, & in succum eos vertere, & sanguinem, ita vt non tam ille, quàm Iurisconsulti loqui, & scribere viderentur. Ani-

mum laborum & vigiliarum mole prægravatum horulis aliquot subsecivis reficiebat consortio & conuictu quorumdam nobilium, eruditorum, & proborum adolescentum, à quorum consuetudine, & affatu se meliorem semper, & doctiorem rediisse sæpe dicentem audivi, dum alii prodigi temporis, aut nihil agendo, aut malè, non minimam ætatis suæ partem deterebant.

His tandem gradibus, auspicante, & ducente propitia manu præstantissimo Cujacio, qui ei liberalissimè opem tulit in tyrociniis promouendis, & maturandis, (initia salebras suas habent, & molestias: reliquus cursus in proclivi est) intra vnius lustri spatium ad arcem Iurisprudentiæ festinans ascendit, imitatus navigantes, qui acri malunt flatu in portum deuehi, quàm segnibus ventis diu ludi, aut lentissimo tranquillitatis tædio lassari, innumeris fere noctibus sine somno, & quiete operosè transactis, vt quàm citissimè in oculis hominum, & in luce patriæ versaretur sui præceptoris dignus æmulus.

Adeò laboriosa est, & exercita res cupido proferendi ingenii, quæ sic illum torsit, & menti tam tenaciter adhæsit, vt sicut olim trophæa Miltiadis non patiebantur magnum illum Græciæ ducem Themistoclem somno indulgere: ita hunc dormientem excitabant è somno encomia, & scripta omni genere doctrinæ referta Magistri sine exemplo maximi, qui in nocte, & tenebris sui temporis, singularis eruditionis artifex, & major genio sæculi existens lucem, & vitam dedit renascenti in Gallia Iurisprudentiæ. Neque vllus vnquam tam altè penetravit arcana Iuris Civilis, & Pontificii, intimósque recessus, & latebras omnes indagavit, cujus scriptionem adsimilare soleò Timantis pictoris tabulis, in quibus plus semper aliquid intelligebatur, quàm pingeretur. Hunc enim nunquam legeris sine fructu, & quò sæpius legas, plus auferas, continua fertilitas est. Quantum demis, nascitur, & cùm omnia collegisse te putes, plus relinquis. Denique quidquid legitur in ejus libris, nitet quidem & fulget etiam in cortice, sed dulcius in medulla est; indéque fit, vt omnes candidi, & æqui ingeniorum æstimatores eruditionem ejus extollant, & suspiciant; ingenii illius monumenta, & labores in sæculi gloriam, & Reipublicæ vtilitatem emensos laudent, & virtutem colant, nisi fortè illi, qui nimiâ sui fiduciâ freti, & emissitios habentes oculos malignè aliena opera carpunt, & subsannant: vel ii, qui cùm suis virtutibus litare non possunt, per alienæ existimationis ruinam grassari ad famam contendunt, nec vnquam laudes alienas prædicant, nisi cum invidiosa exceptione; similes illis, qui nævulos egregio corpori inspersos acribus oculis rimantur.

Sed

Sed isti omnes frustra sunt: melius facerent, si se huiusmodi inanibus reprehensionibus abstinerent, ne idem illis accidat, quod ignem gladio fodientibus, qui scintillas in se plures, & stricturas excitant. Nam & ipsa invidia etiam invita fateri cogitur se tantum virum morsu suo appetere nusquam ausam fuisse, quod ab ea veritas, cui præscribi non potest, elicuit, deterrita potissimùm fulgore pietatis, quâ fuit spectabilis, cujúsque vestigia vbique apparuerunt: sed in eo indubiò eluxit, quod dilectus & verax discipulus suis studiosis sæpe insinuavit in familiari colloquio habito cum iis de meritis & virtutibus Præceptoris sui, déque cultu erga Deum, se illum pluries vidisse affatim lacrymis effusis deflentem peccata sua post emissam confessionem pœnitentialem, quam vocamus auricularem, quámque ipse agnoscebat esse, vt revera est, efficacissimum remedium in Ecclesia Dei ad exonerandam, & eluendam conscientiam scelerum sordibus, & solatium, perfugiúmque tutissimum afflictis, & exulceratis memoriâ admissorum mentibus hominum verè Christianorum, & sine vllis pigmentis orthodoxam fidem profitentium.

Emenso fatalis & legitimi temporis curriculo, excusso pulvere scholastico, quo Ianus ACosta diu fuerat aspersus, editísque publicè speciminibus insoliti, quem fecerat, progressus in hoc arduo studio, ne aliquid honoris, & gloriæ cumulo deesse videretur, amplis, ac luculentis Professorum testimoniis, & codicillis honorificò condecoratus, & Magisterij laurea donatus, dimissus est, ac demum patrios Penates repetiit, non segniter quiescendi, aut turpiter deficiendi animo, vt à plerisque malo more fieri solet, sed perrumpendi strenuè quidquid se in Iure offerret obstantium difficultatum; probè quippe noverat, omnia maturitate & soliditate judicii metiens, sicut agricola perdit, quod sparsit, si labores suos destituit in semine, nihílque in fructum pervenit, quod æqualis cultura non prosequitur: ita parili, id est, æquè jugi, & assiduo labore sæpius recolenda esse præcepta artis æqui boníque, ne elabantur, quo sunt quæsita, & vt, quæ in latifundio Iuris multâ curâ sata sunt, & culturâ excreverunt, perducantur ad segetem: in quo non mediocriter adjutus fuit familiaritatis vsu intercedente, & inducente diurnum, nocturnúmque colloquium cum Roaldo viro clarissimo, & penitioris, ac politioris rerum abstrusarum scientiæ supellectile instructissimo, tunc Tolosæ in Iuris professoria statione collocato, spartámque suam mirificè excolente & exornante; cujus literarii commercii commodo indesinenter vsus est, donec cælo redonatum est nobile illud pignus, ac depositum, quod terris commodaverat. Verùm licèt hoc fato superueniente

triste senserit dispendium, tamen sicut cochleæ, cùm sitiunt aëris, atque illis de cælo nihil illiquitur, succo proprio victitant; ita qui desertus fuit magni viri eloquii pastu, suo adhuc rore se sustentavit.

Quamvis autem hominem emunctæ naris non lateret primarios etiam sæculi viros ignorari, nisi suo indicio demonstrentur, & notoris vice fungantur, maluit tamen de se submissè sentiens, modestiæ velo tegere, & adumbrare insignem eruditionem continuis vigiliis, & laboribus à se partam, quàm in publico famæ theatro propalare, eámque tandem non tam pruriente cupidine ingenii ostentandi, & auræ popularis captandæ desiderio, quàm publicæ vtilitatis procurandæ aucupio captus apud se consultò statuit eruere è tenebris in lucem: cujus laudabilis propositi exequendi ansam dedit cathedra Cadurci suo Doctore orbata, à pluribus quidem expetita, sed vnius dumtaxat pensandis, & remunerandis meritis destinata, ac debita. Et, vt illam apisceretur convenienter rationi, & modo præscripto, totis animi viribus contendit, quod ei felici exitu successit; nam actu solemni & legitimo ritè peracto, & expedito, in eum vnum omnium votis convenientibus, & concordibus suffragiis concurrentibus fuit Antecessor renuntiatus, solo merito ambiente, & virtute favente, an. 1593. vel 94.

Valde gloriosum est, & honorificum ad hoc munus per legitimos tramites sine fuco & fallaciis pervenire: inglorium contrà, & turpe per sutelas, & decipulas. Nec quisquam dici potest huic obeundo idoneus, nisi priùs indefesso, nullàque fere interjecti temporis quiete alternato labore, & in veste sudata sibi Iuris divitias comparaverit, (hæ merces, quæ sunt sine pretio pretiosæ, non alio ære parantur) quæ non solùm in rerum cognitione, sed & in verborum proprietate consistunt. Quapropter assuescendum est purissimo Iurisconsultorum ore loqui, quod qui non faciunt, illos non tantùm ineptè loqui, sed etiam sentire necesse est, & à Iuris mente turpissimè aberrare, cùm verba sint rerum notæ, & indices. Ideo enim nominum, & verborum distinctio fuit introducta, vt rerum proprietas inter se distingueretur. Fatendum quidem est cùm naturâ rerum conditum sit, vt non possint omnes suis certis, ac propriis vocabulis nominari, necessitatem aliquando cogere aliunde sumere, & contra naturalem proprietatem aliam proprietatem vsu inducere, de qua verborum inopia ipsi etiam Iurisconsulti conqueruntur; quod interdum & absque necessitate contingit, vsu scilicet pro arbitrio propriam significationem detorquente, quam licentiam, vsu deficiente, ne majorum quidem gentium interpretes sibi temerè adrogare debent, & multò minùs ii, qui sunt imi subsellii.

Et dulces profectò sunt, atque suaves, sed ad ridendum, garruli quidam & verbosi qui sibi Iurisprudentiam vindicant, & præsumunt, lacerant, docent, antequam didicerint, adducto supercilio grandia verba, sed rebus explicandis minùs apta, trutinantes inter imperitos, eóque audaciæ prosiliunt, vt edisserant aliis, quod ipsi non intelligunt, doceant, quod ignorant, & ne hoc quidem sciant, quòd nesciunt. Hi nunquam efficient, vt Academiæ, in quibus se Ius docere falsò putant, & palam gloriantur, illustri fama sint, & optima opinione floreant, licèt omnia studia sua, & conatus eò dirigant: quod tamen exposcit communiter Antecessoris officii ratio, cujus potissima pars est juventutem plerumque natam ad purpuram, & patriæ gubernacula formare, & imbuere veris & indubitatis sapientiæ & scientiæ Iuris documentis, vt semina literarum doctâ manu sparsa, subacto adolescentiæ solo, ad solidam aliquando frugem efflorescant, nec tantùm ornamenta sint Reipublicæ, sed robur & fundamentum stabilitatis. Atque in hoc omnes vires, & nervos ingenii exercuit Ianus ACosta, vir nunquam laudatus satis, vt quod docebat, vel legum, vel jura constituentium auctoritate fulciret, résque discriminaret, subjectâ verborum proprietate, exemplo veterum Iuris conditorum, qui eam semper affectarunt, & in ea scrutanda fuerunt anxiè diligentes. Secius hodie plerique faciunt, adulterantes per summum nefas Iurisprudentiam, detorto in pravum sensum nativo verborum significatu, traditísque falsis axiomatibus, quæ fingunt, & refingunt ad libitum, & è suo jecore promunt, speciosa quidem incrustatione obducta, sed sine vllo Iuris testimonio, iísque pro veris obtrusis decipiunt, & corrumpunt tenera adhuc adolescentum ingenia. Hæc verò à me dicta ne quis, quæso, opinetur malevolo quodam alicui nocendi proposito. In factum scribo, nullâ notatâ personâ. Mea mens non est quempiam insimulare socordiæ, vel inscitiæ, carpere, notare, vel calumniari. Mea mens est aperire, quibus dotibus præditos esse oporteat Antecessores, vt publicè prodesse possint, sibíque & famæ suæ consulere, & eos, qui iis destituti ad hoc grande munus accedunt, se culpæ reos facere, immiscentes se perperam rei ad se non pertinenti.

Vix autem quadriennium, aut quinquennium vir magnæ dignationis in Academia Cadurcensi exegerat, cùm eo evocato in Tolosanam anno 1599. cardo publicæ illius scholæ felicitatis ad fatalem quendam flexum visus est vergere: istius verò firmari magis, & stabiliri. Atque hæc extraordinaria evocatio singulari prærogativâ suffixa, & migratio in eam civitatem, quam legum nutricem verè quis

ẽ ij

appellet, vt Berytum olim Iustinianus Oratione ad Antecessores Pandectis præfixa, facta, Principe jubente, Senatu auctoritatem præstante, totóque Professorum Collegio rogante, & postulante, fuit novus stimulus, & calcar, quo incitatus ad hunc scopum collimavit omnes cogitationes, & molimina, vt inserviens publicæ vtilitati in functione sui muneris, opinioni & expectationi, quam de se concitaverat, faceret satis, idque abunde implesse vel ex eo constat, quòd Iurisprudentiæ inter alios hoc sæculo famam sustinuerit, in id strenuè desudans, vt vtriusque Iuris purissimos latices propinaret studiosis, qui ipsius nominis celebritate illecti catervatim ibant Tolosam tanquam ad mercatum & nundinas optimarum artium, ac scientiarum, maximè verò Iuris: quotum quædam præclara ingenia ita formavit, & erudivit, vt partim patriæ columina in publicorum munerum susceptione, partim Academiarum extiterint lumina. Nec illum vnquam destituit voluntas, & contentio bene de omnibus promerendi. Et, vt erat candidi & sinceri pectoris, toto sinu in eos amorem suum effundebat, & summâ comitate, quæ ei erat innata, omnia suis discipulis indiscriminatim, ex ipso velut sapientiæ penetrali partitè suggerebat, & subministrabat, quæ erant conducibilia ad ordinanda & maturanda studia, eósque hortabatur, & excitabat sæpius, vt honestarum rerum, & ingenuarum artium amorem imbiberent, sed Iurisprudentiam præ aliis amplecti præcipua esset cura, ne neglectâ Penelope, famulis ejus magis adhærere viderentur. Nulli vnquam se asperum vultu, aut sermone contumaci præbuit. Collegas suos semper observavit, carósque habuit quasi jure & nexu fraternitatis sibi conjunctos, &, ne quid jurgii vel rixæ suboriretur, quo dissociarentur, neque frequentia auditorum, neque raritate quasi adverso, vel ferente vento nunc extolli inani gloria, nunc mœrore, ac tristitia deprimi visus est, quo tamen mentis & judicii deliquio multi hodie laborant. Vtinam omnium, qui juventuti erudiendæ, & formandæ præficiuntur, eadem esset ratio, & modus agendi: Præceptorum quippe fere mores in adolescentum migrant ingenia, & ab iis mutuantur, quod in omnem ætatem transmittunt. Beatum ego me judico, cui tanti viri institutione per quinquennium integrum frui, eiúsque disciplinæ submitti, & vivâ voce sensa ipsius animi expressa accipere datum est; habet enim nescio quid latentis energiæ viva vox, & in aures discipuli de auctoris ore transfusa fortiùs sonat.

Quæ verò, qualis, quantáque fuerit in illo non Iuris modò, sed liberalium quoque, & ingenuarum artium peritia, liquidò evincit

hoc accuratè elaboratum, limatum, & omnibus numeris absolutum opus eruditissimarum Notarum in quatuor libros Institutionum, in quo vis ipsius ingenii supereminet, & ita sentiunt, qui melioris doctrinæ gustum, & sensum habent, quíque talia suis pretiis arbitrari possunt: cujus operis editio, vt est omni ex parte expurgatum, & emaculatum, accepto ferenda est curæ, & operæ exactissimæ viri docti, & de re literaria, literatisque optimè meriti Germani Nyvard in suprema Regni Curia causarum Patroni. Sunt & alia ejusdem Auctoris scripta, quæ à pluribus privatim, sed partitè manu versantur, nondum publico monumento consignata, quæ tamen, brevi intermisso tempore, vt spes non fallax affulget, in ordinem congesta, & collecta lucem videbunt, victura, & robore suo permansura, quamdiu ars æmulatrix naturæ, & humanitatis genius in terris celebrabuntur; continent enim traditiones, ex quibus potest exsculpi fœcunda Iuris Canonici, & Civilis disciplinæ seges, indéque sumi possunt ineluctabiles rationes ad expugnandas & evertendas quorumdam Interpretum opiniones, qui non tantùm nævos, sed etiam errores, stipulas, & fumos in Pontificiam & Civilem scientiam scriptis suis invexerunt, eámque deturparunt, & impuris manibus contaminarunt, quæ tamen maculæ facilè eluentur, & errores extracti è latebris suis evanescent statim atque in lucem producentur.

Adeò autem ejus nomen inclaruit etiam apud exteras gentes, vt Magnatibus & Optimatibus totius Europæ non ignotum, nec invisum extiterit, vnde effectum est, vt quoties negotium magni momenti inter eos vertebatur, in quo de Iuris apicibus disputabatur, & ex subtilitate Iuris ita erat intricatum, vt necessaria esset summa legum notitia, consuleretur, & totius controversiæ decisio ex ejus judicio penderet. Et, ne fugitiva oblivio, aut taciturnitas subducat laudes debitas illius existimationi, prætermittere non debeo sæpe Tolosæ in cœtu, & conventu consultissimorum Patronorum non solùm exquisitæ Iuris doctrinæ, sed etiam vsus, & trituræ forensis cognitionem in aspectum, lucémque protulisse cum astantium admiratione, & stupore, palmámque tulisse, post exhausta, & in medium emissa omnia argumenta, quibus isti intentionem suam fundari posse autumabant, calculo suo indictis testimoniis ex libris Iuris sumptis, & rationibus ex ipsius causæ visceribus ductis communito rem, de qua agebatur, dirimentem & profligantem. Addo non vnâ, sed pluribus vicibus aditum fuisse, ejúsque sententiam exploratam super quæstionibus, suis difficultatibus nobilitatis, quæ in foro ventilabantur, & in quibus definiendis Senatus Tolosani diuisa erant Tribunalia, & Consilia. Reticere non placet invitatum, rogatúmque fuisse à Summo Pontifice propositis ingentibus præmiis, obla-

táque dignitate illustri Consiliarii Rotæ Avinioni, quæ erant potentissima irritamenta & incitamenta, vt eò se conferret, ibíque sedes suas figeret, Iuris publicè docendi causâ: Atque ab Academiis Bituricensi, & Bononiensi fuisse cum elogio evocatum: quibus tamen gloriæ & lucri illecebris, ac delinimentis se vinci passus non est, hísque postpositis, modestè tamen & comiter (vt erat prudentiæ, & vrbanitatis plenus) repudiatis, maluit patriæ suæ vtilitatibus inservire, & inter primarios sui sæculi viros non infimum locum obtinens spartam, cui se totum addixerat, & mancipaverat, novâ Iuris opum adjectione ditare & locupletare.

Hæc quidem magni fecit, sed multò pluris, se notum, gratúmque fuisse viro præstantissimo & Illustrissimo Hieronymo Bignonio in supremo Franciæ Senatu Regis Advocato Catholico, quo Gallia nihil vnquam tulit doctius, nihil vidit sol humanius, aut melius. Dignus erat trium Nestorum ætatem vivere, si ita Deo visum. At eripuit se, abstulitque ex oculis ante tempus perfecta virtus. Nec mirum. Vltimum tempus non expectant, quæ in parvo maturuerunt, & vt ignis quò clariùs fulsit, citiùs extinguitur: sic ingenia quò illustriora, breviora sunt. Occidit ergo sidus illud literarum, ornamentum Senatus, Galliæ decus anno 1656. Imò non occidit; vivit adhuc, duobus filiis illustrissimis & doctissimis superstitibus, paternæ virtutis ac probitatis vivam & spirantem imaginem referentibus, necnon vbique indubia generosi spiritus argumenta edentibus, quorum vnus Patri dignus Hercules Atlanti successit in functione summi muneris, cui hoc opus jure optimo dicatum gaudent Auctoris manes: alius verò in Senatorio ordine agit, bono publico.

Exacto & absumpto à Iano ACosta tricesimi vnius anni circulo (qui volvi cœpit anno 1599. & finitus est anno 1630.) in excolenda, & exornanda Academia Tolosana, quo temporis decursu nihil prius & antiquius fuit viro magno, quàm vt è suo seminario & palæstra juvenes non doctiores solùm, sed meliores exirent, nec præceptis tantùm, sed & exemplo suo, quod est efficacissimum docendi genus, intelligerent quales esse deberent in publicis privatísque muniis obeundis, & exercendis, de ea dimittenda, & de reditu in Cadurcensem cogitàuit, in qua primitus fuerat adscriptus, & cooptatus in album Antecessorum, quod ei petenti, & postulanti sine mentis ingratæ nota denegare non potuit, nec aliter effugere exprobrationem jacturæ, & labis non exiguæ, quam illi intulerat recedendo, & deserendo, multóque minùs potis fuit resistere violento impulsui amoris patriæ, qui naturaliter est omnium animis insitus. Et, vt deliquio diutino, quod in eo non sola Academia Cadur-

cenfis, fed etiam vniverfa Provincia patiebatur, tandem medicina afferretur, folemni decreto ftatutum fuit in Comitiis totius provinciæ, id volente, & nominatim permittente Principe, vt evocato ex Academia Tolofana, & jure quafi poftliminii reftituto Cadurcenfi ftipendia longè folitis vberiora, & pinguiora adfignarentur de publico, & folverentur, non vt donum præftitum, fed vt præmium repenfum, quod fuit fpecimen florentis provinciæ, & virtutis amantiffimæ. Hæc verò honorarii & palmarii opulentioris conceffio fuit argumentum evidentiffimum inæqualitatis meritò conftitutæ inter hunc, & cæteros Profeffores, quorum nullus ei invidere iftam publicam liberalitatem potuit, vel debuit. Inæqualitas eft, vbi quæ eminent, notabilia funt, aliàs non eft, fi nimirum omnia vndique in vnam æqualitatem concurrant; veluti admirationi non eft vna arbor, vbi in eandem altitudinem tota fylva furrexit. Iftius peritiam & merita fupereminere notiffimum erat, ac proinde cùm regenda, & metienda fint præmia & mercedes fecundùm modum, & qualitatem meritorum, & virtutum, æquum, juftúmque fuit hunc majori præmio, & honore affici, vt hoc ftimulo feliciùs incitaretur. Voluiffet procul dubio, fi potuiffet, Academia Tolofana, totúfque togatorum ordo taciturnitatis velo obumbrare conceptum intimis fenfibus dolorem ob illius improvifum, & inopinatum difceffum, & mutationem ftatus & confilii, fed ita altè vulnus adactum erat, vt filentio, aut diffimulationi locus non effet. Diu jacuit Cathedra in fqualore, & mœrore; manfit enim quatuor propè annos viduata tanto viro, nec antè paffa eft alium in ejus locum fuffici, quàm certò fciviffet præcifam effe omnem fpem futuræ reverfionis, ita annuente Senatu, & Academiâ optante, cujus præcipuè caufa in hoc vertebatur; nam fuit fere exhaufta & evacuata, Iuris ftudiofis vndique confluentibus & euntibus Cadurcum, cui plagæ fanandæ nondum inventum eft emplaftrum fatis aptum.

Arduum eft & difficile doctrinæ aut fapientiæ parare famam, fed parata nunquam intermoritur, & vbique terrarum comitatur, quæ res vfu venit huic noftro Iurifconfulto incomparabili, ex cujus fama & exiftimatione nihil decerptum, aut defloratum fuit, deftitutâ & defertâ Academiâ Tolofanâ, imò magnum incrementum accepit novi honoris & gloriæ acceffione, quæ ortum duxit ex amicitia contracta, & inita ftudiorum focietate cum Illuftriffimo & Doctiffimo Petro Habert De Montmor Epifcopo Cadurcenfi. Non ignorarunt viri optimi familiare effe virtuti delinimentum exercitii rerum feriarum, & quæ funt altioris difquifitionis, tractationi immixtum fenfibus admovere, ideóque cenfuerunt viros quofdam felectos, eruditione infignes, & probitate morum commen-

dabiles cooptandos, & ascifcendos sibi esse, cum quibus certo loco, statisque horis conferre possent familiari colloquio habito: quæ res fuit feliciter ad effectum perducta, convenientibus in vnum viris doctissimis, in quorum cœtu & conventu varia de variis quæstionibus agitanda proponebantur, maximè verò de iis, quæ contingebant veterem Ecclesiæ politiam, & interpretamentum Conciliorum & Canonum, de quorum nativo intellectu nondum conveniebat inter omnes: quorum actuum arbiter & moderator constitutus fuit communi cæterorum consensu Antecessor celeberrimus. Et, vt liquidò constaret de iis, quæ controvertebantur, vnicuique dabatur facultas ordine suo promendi sensa animi, symbolisque à singulis prolatis, & invicem collatis, necnon diligenter mirâ ingenii soliditate, & sagacitate excussis, ac librâ judicii ponderatis, ea potiora & pensiora habebantur, quæ plus lucis afferebant ad illuminandam veritatem è tenebris erutam, & quod decernebatur, scriptis consignabatur. Vtinam hæ tam egregiæ & perpolitæ lucubrationes publici juris, & lucis essent, quæ Reverendis Patribus Carthusianis Cadurcensis civitatis ex præscripto dicti Domini Episcopi traditæ fuere ab ipsius nepote viro illustrissimo & reconditæ ac sublimioris rerum disciplinæ scientissimo Henrico Habert De Montmor inter Comites Consistorianos, & Libellorum Supplicum Magistros præstantissimo, qui & alios plures Codices manu exaratos, & compositos ab eodem Præsule, iisdem Religiosis jussus tradidit, in quibus agitur de rebus sacris, & divinis, & ad Theologiam pertinentibus. Quæ omnia opera vitam solitariam vivunt, in vmbra delitescunt. Verùm spes est nec vana, nec inanis, fore aliquando vt Patres Carthusiani caritate moti, quæ non quærit quæ sua sunt, sed quæ aliis profutura sunt, inspicit, ac Reipublicæ contemplatione impulsi libertate donaturi sint tam excellentes ingenuorum & nobilium parentum partus. Patres Carthusiani arctioris & sanctioris vitæ instituto addicti licèt sæculo renunciaverint, vt Creatori suo in arce contemplationis placere possint, & in perpetuo susurro cum Deo toti dediti sint sacris meditationibus, quorum claustrum paradisus esse videtur, si in hac vita esse possit, sciunt tamen publicam vtilitatem præferendam esse privatæ vtilitati, juxta id quod vulgò jactatur omne bonum esse sui diffusivum.

Post recensitas virtutes & dotes Iani A Costa Præceptoris mei, quæ in publicum spectant, reliquum est vt domesticas, & larium, vt sic dicam, subjiciam, quas (summa sequar fastigia laudum) libasse mihi sufficiet. Multa in eum munera virtutum natura congesserat, quæ si quis trutinet pensiore judicio, nesciat vtrum in eo dona corporis magis, an mentis excelluerint. Fuit hilari & læto vultu, oculis vividis & rutilantibus,

tibus, vim & aciem ingenii patefacientibus, denique perfecta pulchritudine, & habitu corporis ornatus. Hoc viro non vixit sub sole officiosior, & ad genium humanitatis accommodatior. Nunquam piget meminisse profusæ comitatis, quâ semper fui ab eo exceptus, hæréntque medullitus in animo meo suaves illi, & bene conditi sermones, quibus me ad virtutem amplectendam, & studium Iuris obfirmato animo capessendum hortabatur. Fuit ingenio felici, memoria tenaci, judicio acri, & sagaci conspicuus; & nobili genere natus prudenter adjunxit majorum imaginibus ornamenta doctrinæ; tantùm enim abest vt insignibus natalium hoc consortio literarum sit offectum, quinimo illustriora sunt effecta: honesta quippe professio ornat potiùs omnem, quàm destruit nobilitatem, vel dignitatem. Cæterùm vt istius qualis qualis encomii rudi penicillo delineati vltima linea ducatur, dici potest non minùs verè, quàm bellè in hoc Clarissimo Antecessore, quæ in aliis fere singula, fuisse vniversa. Vnum addam, illum post emensos & consumptos quadraginta tres annos in professoria Iuris publicè docendi statione extremum vitæ actum peregisse die 28. Augusti anni 1637. nec diu colluctatum cum sævitia morbi piè, placidè, constantérque decessisse è vita. Sic decuit vltimum diem non esse gravem optimo viro, qui nemini vixerat gravis.

IOANNES D'AVEZAN
Academiæ Aurelianensis Antecessor & Decanus.



Extrait du Privilege du Roy.

PAR *Grace & Privilege du Roy, donné à Paris le 26. Avril 1658. & signé* SALMON, *il est permis à Edme Martin Imprimeur à Paris, d'imprimer, ou faire imprimer, vendre & debiter* tous & chacun les Ouvrages de Monsieur IEAN DE LA COSTE Conseiller de sa Majesté, & tres-celebre Docteur Regent en l'vn & l'autre Droit dans les Vniversitez de Tholose, & de Cahors, tant sur le Droit Canonique, que sur le Droit Civil, *en vn ou plusieurs volumes, & en tel caractere, & autant de fois que bon luy semblera, pendant le temps & espace de vingt années finies & accomplies, à compter du jour & datte que chaque volume sera acheué d'imprimer : Et tres-expresses inhibitions & defenses sont faites à toutes personnes de quelque qualité & condition qu'ils soient, & à tous Imprimeurs, & Libraires estrangers, & autres d'imprimer, faire imprimer, vendre & debiter en ce Royaume lesdits Ouvrages, sans le consentement dudit Edme Martin, ou de ceux qui auront droit de luy, sous pretexte d'augmentation, correction, changement de titre, ou autrement en quelque sorte & maniere que ce soit : Mesme d'apporter, prendre ni achepter en ce Royaume aucun desdits Livres contrefaits, ou imprimez hors d'iceluy : à peine de trois mille livres d'amende, & autres, plus amplement déduites audit Privilege.*

Le Commentaire de Monsieur IEAN DE LA COSTE sur les Institutes de l'Empereur Iustinian, a esté acheué d'imprimer le 30. Aoust 1659.

CAPITVM SIVE TITVLORVM INDEX PER LITERAS.

ĩ ij



D. N.

D. N. IVSTINIANI

PERPETVI AVGVSTI
INSTITVTIONVM
SIVE
ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magistrum & Exquæstore sacri palatii, & Theophilum & Dorotheum, viros illustres, & Antecessores,

LIBRI QVATVOR

Emendatissimi ex editione IACOBI CVIACII.

IN EOSDEM
IANI A COSTA ANTECESSORIS CLARISS.
COMMENTARIVS.

IN NOMINE[1]

DOMINI NOSTRI IESV CHRISTI.

Imp. Cæsar FLAVIVS[2] IVSTINIANVS, *Alamanicus*[3], *Gotthicus*, *Francicus*[4], *Germanicus*, *Anticus*, *Alanicus*, *Vandalicus*, *Africanus*, *pius*, *felix*, *inclytus*, *victor ac triumphator*, *semper Augustus*, *cupidæ legum iuuentuti*.



MPERATORIAM[5] Maiestatem non solùm armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam[6]: vt vtrumque tempus, & bellorum & pacis, rectè possit gubernari: & Princeps Romanus victor existat non solùm in hostilibus prœliis, sed etiam per legitimos tramites[7] calumniantium[8] iniquitates expellens: & fiat tam juris religiosissimus, quàm victis hostibus triumphator.

HÆC Constitutio, vt rectè Theophilus adnotavit, plenissimum robur his Institutionum libris tribuit, vt quidquid à Triumviris civilis institutionis constituendæ causâ relatum est, principalium constitutionum jure censeatur. iis enim divina sui pectoris sensa mandasse intelligitur Imperator, vt Theodosius loquitur in *Nov. de Cod. Theodosiani authoritate.* & Iustinianus hoc loco, *Nostrisque suasionibus Institutiones componerent, atque exponerent.* Theoph. ὑποθήκαις καὶ ὑποβολαῖς, *monitionibus, suggestionibus, suasionibus.*

[1] IN NOMINE DOMINI] Sacrosanctum Domini nomen præfari solebant veteres Iurisconsulti Christiani, vt obseruare licet ex veteri Consultatione, quam dedit præstantissimus Cujacius. Et ita in Codice Visigothorum: *In nomine Domini Egiga Rex.*

[2] IMPER. CÆSAR FLAVIVS] D. Claudius à Vopisco in Aureliano Flavius dicitur. Et de eodem Trebell. Pollio, *Gentes Flavias, quæ Vespasiani, & Titi, (nolo autem dicere Domitiani) fuerunt, propagavit.* Retinuit hoc nomen Constantinus novæ Romæ conditor: & deinceps cæteri passim vsurparunt, vt docet inscriptio Constitutionum Honorii & Theodosii ad Marcellinum virum clariss. Tribunum & Notarium, *in Donatistarum collatione.* Reperio & Reges Gothorum qui in Hispania nobilissimum regnum constituerunt, Flavios dictos fuisse.

[3] ALAMANICVS, GOTTHICVS, &c.] Quod de titulis devictarum gentium vulgò adnotatur, cuilibet est in proclivi. Sed hic mos à Iustiniano videtur recentatus. nam superiores Impp. vsurpasse non videntur. Pacatus Drepanius in Panegyrico ad Theod. Aug. *Si illo sæculo mos ille vixisset, quo Romani duces Macedonici, Cretici, Numantini, de vocabulis devictarum gentium adoptivum insigne sumebant: nonne hodie pauciora in annalium scriniis, quàm in vestræ domus titulis, cognomenta legerentur, cùm ipse Saxonicus, ipse Sarmaticus, ipse Alemanicus diceretur?*

[4] FRANCICVS] Vindicat sibi hunc titulum Iustinianus ob victoriam, quam de Buccellino Comite à Theodoberto Francorum Rege in Italiam misso Narses reportavit, authore Marcellino Comite *in Chronico.* Corippus Poëta Africanus de laudibus Iustini junioris in fine lib. 3. vbi de Iustiniano patre Iustini loquitur.

Quid noster senior potuit pater, inscie disce:
Sub quo Vandalici ceciderunt strage tyranni,
Edomitique Getæ, pubes Alemanica, Franci, &c.

[5] IMPERATORIAM MAIESTATEM] Placet Accursii sententia: nec admitto notam magni viri. Eleganter enim videtur dictum *armis decorari, vel ornari.* Nam & *ornatus* armatus dicitur apud Festum, & ornamenta sunt arma Senecæ, duobus aut tribus notissimis locis: imò & in *l. 1. C. deposit.* restitutâ inscriptione ex Cod. Gregoriano, *Imperat. Alex. Mestrio militi.* Eâdem quoque elegantiâ dicitur *armari legibus*, quâ M. Tull. *armari eloquentiâ, lib. 1. de Inventione.*

*[5] IMPERATORIAM MAIESTATEM] Hac præfatione, vel potiùs confirmatione Institutionum, vt Theophilus ait, reddit rationem Iustinianus instituti sui, id est cur animum applicaverit ad restaurandas & concinnandas veteres populi Rom. leges. Ait autem se id facere, quòd boni Imperatoris sit, non solùm curare vt fortiter ac strenuè bella adversus hostes gerantur, sed etiam vt quicumque imperio subjecti sunt, in placidissima rerum omnium tranquillitate, & sine controversiis domi vivant. quod vtrumque se præstitisse gloriatur, convocatis post tot varios hostes debellatos viris doctis & eruditis, ad componendum & concinnandum Ius Civile: quod antea ita in immensum excreverat, vt nihil præter intolerabilem præ se ferret

confusionem. Imperatoriam autem Majestatem hîc pro Imperatore sumi notat Accursius. Sed non satis appositè, vt dilucidè ostendunt hæc contextus verba: *Vt vtrumque tempus possit gubernari.* dixisset enim, *gubernare possit.* Nec illa verba addidisset, *& Princeps Romanus, &c.* quare melius est Imperatoriam Majestatem hîc distingui ab Imperatore: vt non tam Imperator, quàm Imperatoria Majestas armis decoranda, & legibus armanda sit. Et ratio separationis hæc esse videtur, quia non est semper idem Imperator: est tamen semper eadem Majestas. Quapropter antiqui Majestatem, vt Deam coluerunt, ejus quasi æternitatem ostendentes, sive sit in populo, sive in Rege, sive in optimatibus. Est autem Majestas publica, & altissima dignitas, sic dicta quasi majoritas, sive quid majus, id est summum imperium, & summa potestas. Nec refert quòd Prætor cæterique Magistratus Rom. dicantur habere majestatem, & imperium, *l. 9. ff. de Iurisdict. l. 11. ff. de Iustitia & Iure.* Nam ista est participata tantùm, & adumbrata majestas, quæ à Principe tamquam à capite fluit in Magistratum, vt in membra sui corporis, *l. 5. Cod. ad leg. Iul. Majest.* Nec tamen inficior quin possit aliàs Imperatoria Majestas pro Imperatore sumi: quod & pridem Galienum Imperatorem voluisse testatur Trebellius Pollio, dum ait eum necessitatem Romanis attulisse dicendi Imperatoriam Majestatem, pro Imperatore.

* 6 LEGIBVS OPORTET ESSE ARMATAM] Impropria videtur doctissimo viro locutio hæc. sed cur ita, non video: cùm & jura dicantur armari gladio vltore, *l. 31. Cod. ad leg. Iul. de adulteriis.* & eloquentiâ armari, apud Tullium, *lib. 1. de Inventione.*

7 LEGITIMOS TRAMITES] Vt in *l. vlt. §. si autem ipse C. de curator. furios.* & in Constitutione *de concept. digestorum, Omnem tramitem legum esse confusum.* Sunt enim multæ juris viæ, quibus calumniis & fraudibus occurritur, vt eleganter ait Scævola, *l. 22. ff. quæ in fraudem credit.* Eâdem formâ Cur. Fortunatian. initio artis Rhetor. dixit *Rhetoricum tramitem.*

Quisquis Rhetorico festinat tramite doctus
Ad causas legésque trahi.

Vbi fortè est legendum *ductus.* Vt *infrà tit. 1. leviore viâ ductus.*

* 8 CALVMNIANTIVM INIQVITATES] Calumniator propriè dicitur, qui falsa crimina alicui intendit, *l. 1. §. calumniari ff. ad Senatusconsultum Turpill.* Latâ verò significatione, qui per fraudem & frustrationem alios vexat litibus, *l. si calvitur 233. ff. de verb. sign.* Quomodo hîc accipitur, & in tit. *de Calumniatoribus ff.* vt docet Cujac. in Paratit.

§. I. Quorum vtramque viam cum summis vigiliis, summâque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ [9] gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt: & tam Africa [10], quàm aliæ numerosæ provinciæ post tanta temporum spatia nostris victoriis à cælesti numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostróque additæ imperio, protestantur. Omnes verò populi legibus jam à nobis promulgatis vel compositis reguntur.

9 BARBARICÆ GENTES] Vt in *l. 2. §. in Sardinia C. de offic. Præfecti præt. Afr. Nondum redacta in provinciæ formam,* vt in illo Corippi versu,

Indomitas gentes, & barbara subdere regna.

Cujacius custoditè de Paganis accipit, vt apud Prudent. *lib.* 1. *adversus Symmach.*

Sunt hæc barbaricis gentilia nomina pagis,
Quos penes omne sacrum est, quidquid formido tremendum
Suaserit, &c.

* 9 BARBARICÆ GENTES] Id est Paganæ, & quæ à Satrapis regebantur, necdum in provinciæ formam redactæ erant, antequam Imperio Rom. parerent: de quibus vide *leg. final. de offic. Magistri milit.*

10 TAM AFRICA QVAM ALIÆ NVMEROSÆ PROV.] Africa generali nomine sex provincias continet, quæ nominantur in Notitia vtriusque Imperii. Sed & Africa speciali nomine provincia dicitur separata à reliquis, vt de Asia scribit Eunap. *in Maximo Sophista*, & Varro *lib.* 4. *de Ling. Lat.* An igitur quod ait, *quàm aliæ numerosæ provinciæ*, intelligendum est de ceteris Africæ provinciis, quas numerosas vocat, id est populosas? vt idem Corippus Præfatione, *numerosam gentem Avarûm*, sicut idem Iustinianus *l.* 2. *C. de offic. Præf. prætor. Afr. Tantarum provinciarum populos à jugo servitutis eripere.* Sed quid vetat hæc verba accipere de multis provinciis, ac gentibus, quæ ferè vniversum Romanum orbem inundaverunt, Iustiniani virtute vindicatis?

§. II. Et quum sacratissimas Constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam: tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina; & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cælesti favore jam adimplevimus.

§. III. Qúmque hoc Deo propitio peractum est, Tribuniano [11] viro magnifico, Magistro [12], & Exquæstore [13] sacri palatii nostri, necnon Theophilo & Dorotheo viris illustribus, Antecessoribus nostris (quorum omnium solertiam & legum scientiam, & circa nostras iussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, vt nostrâ auctoritate, nostrísque suasionibus Institutiones componerent: vt liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis [14] fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tam aures, quàm animæ vestræ nihil inutile, nihílque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis [15], accipiant. & quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, vt tunc Constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos à primordio ingrediamini: digni tanto honore, tantáque reperti felicitate, vt initium vobis & finis legum eruditionis à voce principali procedat.

* 11 TRIBVNIANO VIRO MAGNIFICO] Magnifici nomine donabantur olim tantùm supremi Magistratus: quin & Reges ipsi. Sic Innocentius III. Carolum Magnum Francorum Regem, Magnificum appellat, in *cap. venerabilem. extra. de electione.*

* 12 MAGISTRO] Adde officiorum. Fuit autem Magistri officiorum excellens dignitas. disciplinam enim palatii Magister officiorum administrabat, insolentium mores reprimebat, confusa in ordinem redigebat, Senatores ac Legatos, Principis conspectui præsentabat, illis modum alloquendi Principem dabat. Cuspinianus in vita Aurelii Cassiodori.

* 13 EXQVÆSTORE] Hæc nomina, Exquæstore, Exconsule, Exmagistro, & id genus alia, non inflectuntur, inquit D. Augustinus *de Grammatica cap.* 1. Est autem Exquæstore qui quæstura functus est. Quæstor verò supremus post Principem Magistratus: vnde Corippus in Panegyrico ad Anastasium Quæstorem:

Summe magistratuum, procerum decus, arbiter orbis,
Principis auspicio leges & jura gubernans,
Iustitiæ vindex, &c.

Quæstoris autem officium fuit, suo ore cogitationes Principis enuntiare, leges dictare, preces ac responsa subnotare, vt constat ex *Nov.* 35. *& l. finali Cod. de diversis rescriptis.* Vnde Quæstor, justitiæ & legum custos, thesaurus famæ publicæ, & armarium legum appellatur à Cassiodoro *lib. 6. var. formular.* Denique is planè Quæstor fuit olim, quem nunc *Cancellarium* appellamus, vt notat D. Cujacius ad dictam Novellam.

14 AB ANTIQVIS FABVLIS] Veterum Iurisconsultorum Institutiones intelligit, quæ pleraque inutilia & obsoleta continebant. Et vide in hanc rem *l.* 1. *C. de nudo jure Quirit. toll.*

* 14 NON AB ANTIQVIS FABVLIS] Per fabulas antiquas intelligit leges & traditiones vsu antiquatas, & rejectas ab vsu ævi sui, de quibus videtur loqui, vt & antea in oratione ad Antecessores, quæ præfigitur Pandectis; vel etiam intelligit veteres Institutiones Caii & Vlpiani, quæ inutilia & obsoleta continebant.

15 IN IPSIS RERVM ARGVMENTIS] Sic in *l.* 1. *C. de lat. libert. toll. cujus fuerant pleraque leges, non autem in rebus ipsis observabantur.*

§. IV. Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collatum est, quos per eundem virum excelsum Tribunianum, necnon ceteros viros illustres, & facundissimos confecimus, in hos quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, vt sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

§. V. In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum[16] est.

16 IMPERIALI REMEDIO ILLVMINATVM EST] Tertull. in Apologetico, *Nonne vos quotidie experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem & squallentem legum silvam, novis principalium rescriptorum & edictorum securibus truncatis?*

§. VI. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex commentariis Gaii nostri tam Institutionum, quàm rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas, quum tres prædicti viri prudentes nobis obtulerunt, & legimus, & cognovimus, & plenissimum[17] nostrarum Constitutionum robur eis accommodavimus.

* 17 PLENISSIMVM ROBVR NOSTRARVM CONSTITVTIONVM] His verbis Iustinianus Institutiones confirmat, & eis authoritatem legum tribuit. Ex quo intelligi par est, hanc Præfationem sibi magis Constitutionis rationem vindicare, quàm Præfationis; & perinde habenda pro legibus, quæcumque in hoc Institutionum libello continentur, quàm quidvis aliud in Iure positum. quapropter Constitutio appellatur à Theophilo.

§. VII. Summâ itaque ope & alacri studio has leges nostras accipite, & vosmetipsos sic eruditos ostendite, vt spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalendas Decembris, D. IVSTINIANO PP. A. III. CONS.

D. N. IVSTINIANI
PERPETVI AVGVSTI
INSTITVTIONVM SIVE ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magistrum & Exquæstore sacri palatii, & Theophilum, & Dorotheum viros illustres, & Antecessores,

LIBER PRIMVS.

De Iustitia & Iure.

CAPVT PRIMVM.



IVSTITIA [1] est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. *Sumptũ ex l. 10. ff. eod.*

Iuri operam daturo definitionem justitiæ in hoc aditu proponit conditor hujus libri: vt intelligamus ad justitiam nos esse natos, neque opinione, sed naturâ jus fuisse constitutum, vt eleganter ait M. Tull. *lib.* I. *de legib.* Id verò intelligere licet ex definitione virtutis, quæ animis nostris innata est: sed quodam corporis crasso tegumine circumfunditur. Cùm verò studio, atque disciplinâ detegi cœperit, atque denudari; tunc in naturæ suæ modum revocatur, vt acutè ad lib. I. de Inventione disputat M. Victorinus. Hoc igitur præstat Iurisprudentia, quæ animi habitum ita informat, vt suum cuique semper tribuere velit. Est igitur Iustitia virtus voluntaris, quæ hujus artis præceptis retinetur. Hanc autem artem qui tenent, passim dicuntur sapientes, prudentes, prudentiores, prudentissimi. & ita videmus *in hoc titulo* junctâ *l.* I. *ff. eod.* definitiones tres, virtutis, artis, & scientiæ. Virtus est habitus voluntatis. Scientia est habitus intellectus: Scientia enim est quam quis scit, vel intelligit. Ars verò quæ consistit, quamvis nemo eam intelligat, cui dat operam Auditor Iuris, vt tandem assequatur scientiam.

* Iustinianus artis Iuris cujus ipse conditor est, tractationem aggressurus, meritò priùs de Iustitia quàm de Iure ait: quia Ius à Iustitia ortum est, & substantiam capit. *l.1.ff. hoc tit.* in qua Vlpianus ob id admonet, seriò Iuri operam daturum priùs nosse oportere, vnde Iuris nomen descendat. Quod quia à variis variè definitur, notanda est elegans notationis Iustitiæ, & Iuris differentia, quâ istorum conciliandorum gratiâ vtitur Ant. Contius *lib.2. lection. cap.6.*

*[1] IVSTITIA EST CONSTANS] In hac definitione cujus author est Vlp. in *l. 10. ff. hoc tit.* verba hæc, *constans & perpetua voluntas*, habitum voluntatis demonstrant: ac perinde sonant ac si dixisset Vlpianus, Iustitia est habitus voluntatis perpetuò propensæ ad jus suum cuique tribuendum. Nam habitus est qualitas constans & perpetua, id est difficiliter mobilis à suo subjecto cui inhæret, ex Aristotele *in Categoriis, cap. de Qualitate.* Quod si durior fortasse hæc interpretatio videbitur, propterea quòd voluntatem, & habitum voluntatis; potentiam, & qualitatem; subjectum, & accidens, vicissim commutat, quæ tamen certum est inter se distingui: dici potest cum quibusdam non ineleganter, justitiam hîc definiri ab effectu, quòd voluntatem efficiat constantem & perpetuam in reddendo cuique suum. Solent enim Iurisconsulti rem plerumque definire ab effectu, vt cùm vsucapionem in *l. 3. ff. de vsucap. & vsurp.* definiunt, dominii adeptionem: nam adeptio dominii est effectus vsucapionis. Vel etiam dici potest cum aliis, definitionem hanc sapere disciplinam Stoïcorum, quâ imbutos fuisse Iurisconsultos probat Cujac. *lib.26. obs. cap. vlt.* nam Stoïci volebant neminem justum esse, nisi qui ita viveret, vt non posset aliter facere quin ita viveret, id est nisi indesinenter justè ageret. Atque ita ex mente Stoïcorum, justitia dici potest constans & perpetua voluntas: quod & doctiss. vir Antonius Contius agnovit. Quod autem sequitur in hac definitione, *suum cuique tribuendi*, propria est justitiæ differentia à ceteris virtutibus. nam qui ceteris virtutibus præditus est, earum plerumque fructus sentit solus. at justitiæ habitus aliis prodest & consulit; vnde justitia bonum alienum rectè dicitur à Philosopho *lib. 5. Ethic. cap. 3.*

§. I. Iurisprudentia est divinarum[2] atque humanarum rerum notitia[3], justi[4] atque injusti scientia.

*[2] DIVINARVM ATQVE HVMANARVM] Per res divinas intelligit res divini Iuris populi Rom. vt res sanctas, sacras, & religiosas, de quibus in *tit. de rerum divis.* §. *nullius, lib. 2.* non res quæ pertinent ad Episcopos & Clericos, vt quidam insulsè existimant. Vlpianus enim qui author est hujus definitionis *l. 10. ff. hoc tit.* non potuit Episcoporum, & Clericorum meminisse, quos numquam viderat.

*[3] NOTITIA] Id est scientia, & habitus intellectualis, quo nomine Iurisprudentia distinguitur à justitia, quæ est habitus voluntatis.

*[4] IVSTI ATQVE INIVSTI] Hoc necesse fuit adjici, quia non alio fine Iurisprudentia explorat res divinas & humanas, quàm vt justum ab injusto, æquum ab iniquo discernat.

§. II. His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani; ita videntur posse tradi commodissimè, si primò levi ac simplici viâ, pòst deinde diligentissimâ atque exactissimâ interpretatione singula tradantur. alioquin, si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi, multitudine aut varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum

magno labore, sæpe etiam cum diffidentia, quæ plerumque juvenes avertit, seriùs ad id perducemus, ad quod leviore viâ ductus sine magno labore & sine vlla diffidentia maturiùs perduci potuisset.

§. III. Iuris præcepta[5] sunt hæc: honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

[5] IVRIS PRÆCEPTA] Iurisconsultos Stoïcorum disciplinâ, quam Marcian. in *l. 2. ff. de legib.* summam vocavit, imbutos fuisse, locupletissimis testimoniis confirmavit Cujac. *lib. 26. obs. cap. vlt.* & nominatim ex hoc præcepto primo, de quo M. Tull. *lib. 2. & 3. de finib.* D. Hieronymus *lib. 4. Comment. in Esaiam: Stoïci qui nostro dogmati in plerisque consentiunt, nihil appellant bonum nisi solam honestatem, atque virtutem; nihil malum, nisi turpitudinem.* Sed hujus virtutis sunt definitiones variæ, à quibus, vt Lactant. scribit *lib. 6. cap. 5.* M. Tull. Panætium sequutus, traxit officia vivendi. Hæc autem sunt tria summa præcepta hujus artis, ad quæ cetera omnia referre licet. nam & omnia contineri primo, M. Tull. scribit *lib. 1. offic.*

*[5] IVRIS PRÆCEPTA] Hîc per jus intelligere oportet jus naturale, quod semper æquum & bonum est, *l. 1. ff. de Iust. & Iure:* cujus tria præcepta, & quasi regulæ omnium mentibus insculptæ, quibus cuique jubetur. *Primò*, vt honestè vivat, id est non turpiter, non dissolutè, non libidinosè. *Deinde*, ne neminem lædat aut verbis, aut facto, id est ne vitam vlli adimat, aut honorem injectâ injuriâ. *Tum*, vt suum cuique tribuat; puta depositum reddat, debitum solvat, nihilque de rebus alienis retineat. Atque ita constat primum præceptum ad nos solos pertinere; secundum, & tertium ad alios: primum & secundum esse modestiæ, tertium justitiæ, prout est in homine privato. *Cujac. ad l. 10. ff. hoc tit. & ad l. sed etsi ff. de servitute legata.*

§. IV. Hujus studii[6] duæ sunt positiones, Publicum & Privatum. Publicum[7] jus est, quod ad statum[8] rei Romanæ spectat. Privatum[9] quod ad singulorum vtilitatem. Dicendum[10] est igitur de jure privato, quod tripertitum est[11]. collectum[11] est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus. *Ex Vlp. l. 1. §. 1. ff. eod.*

[6] HVIVS STVDII] Sive artis, sic M. Tull. *hujus rei qua vocatur Eloquentia, sive artis, sive studii.* Lucilius,

Vni se atque eidem studio omnes dedere & arti,
Verba dare vt cautè possint, pugnare dolosè.

Hujus igitur juris positivi, sic enim vocatur ab Vlpiano *in Fragmento quodam reg.* duæ sunt positiones, id est partes. Pompon. in *l. 2. §. post hoc, ff. de Orig. Iur. Tubero doctissimus habitus est juris publici & privati, & vtriusque libros reliquit.* Idem de Ateïo Capitone Gellius *lib. 10. cap. 20.* de Aristone Plinius *lib. 1. epist. 22.*

*[6] HVIVS STVDII] Id est scientiæ legalis, sive Iurisprudentiæ per studium adipiscendæ, vt rectè Accursius hîc, duæ sunt positiones, id est theses: de quibus omnium Iurisconsultorum qui Iurisprudentiam profitentur, disputatio est. Thesis enim vna de jure publico, altera de jure privato. Vnde non rectè Theophilus, Placentinus, & alii quidam, positiones interpretantur, species, & partes, quia Iurisprudentia in jus publicum, & privatum non dividitur.

[7] PVBLICVM IVS] Publicum jus est quod Reipublicæ Rom. est vtile, cujus status potissimum constat ex Sacerdotibus & Magistratibus, authore Vlpiano in *l. 1.*

ff.

ff. hoc tit. Et Sacerdotum nomine generali continentur Pontifices, Flamines, Augures, Feciales Magistratuum nomine Senatores quibusvis celsiores Magistratibus, vt Corn. Tacit. ait *lib.* 1. *Annal.* Publicum jus M. Tull. *lib.* 1. *de Orat.* ait esse proprium civitatis & Imperij, & hâc notâ separat à Civili Iure.

* [8] STATVM REIPVBLICÆ ROM.] Id est Civitatis Romanæ, vel Reipublicæ Romanæ; vt ex ipsâ definitione juris publici constat. Ius enim Publicum quasi Populicum dicitur. Status autem hic in tribus potissimùm consistit, in Sacris, Sacerdotibus, & Magistratibus, *l.* 1. §. 2. *ff. hoc tit.* Nec nos movere debet, quòd in hac juris divisione tertium membrum addatur in XII. tabulis, nimirum Ius Sacrum, cùm Ius Sacrum in hac Iustiniani divisione sub hoc titulo contineatur.

[9] PRIVATVM] Ius publicum respicit civitatem ipsam, jus privatum singulos cives: sed & diversâ ratione privatum dicitur publicum, si opponatur privatorum pactis & conventionibus; quia certas, & solemnes regulas habet, quas in negotiis contrahendis omnes observare debent. Sed in conflictu Iuris Publici, quod civitatem respicit, jus hoc privatum, quod aliquando dicitur publicum, facilè eliditur, *l.* 5. § *vlt.* & *l.* 6. *ff. de Capite minut.* Et in specie fundi publicati in *l. si fundus ff. locati*, adhibitâ *l. bona fides*, *ff. depositi*.

* [9] PRIVATVM] Privatum jus quod ad singulorum vtilitatem pertinet, nonnunquam etiam publicum dicitur, si comparetur cum privilegiis, & privatorum conventionibus, quæ privatim certas tantùm personas respiciunt, *l. Ius publicum*, *ff. de Pactis.* Iuris autem publici nomine continentur leges, senatusconsulta, plebiscita, & aliæ juris privati partes; quæ quia omnibus publicè scriptæ sunt, non vni tantùm personæ, juris publici esse dicuntur. de quibus pleniùs Cujacius *lib. Obs.* 27. *cap.* 36.

* [10] DICEND. EST IGITVR DE IVRE PRIVATO] Cur non etiam de publico? ratio in promptu est; quia nec religioni Iustiniani, cùm ipse Christianam fidem profiteretur, *l. inter Cod. de Summa Trinitate*, nec statui Imperii sui congruebat; quòd ritus sacrorum, sacerdotii, & magistratuum creandorum jam esset sublatus.

[11] QVOD TRIPERTITVM EST] An hoc dicit ad differentiam juris publici; quod, vt suprà notavi ex M. Tullio, dicitur esse proprium civitatis & Imperii? nam si proprium est, nihil videtur habere commune cum jure naturali & gentium, quod Odofredus, Fulgosius, & Cujacius admittunt. At Iohannes, Azo, & Accursius contrà, jus publicum ex præceptis naturalibus & gentium collectum esse contendunt, & vtuntur hoc argumento. Religio & Magistratus sunt ex jure naturali & gentium. de Religione constat ex *l.* 2. *ff. hoc tit.* de Magistratibus certum est, quia & ipsa bruta certum ducem & rectorem habent, vt ait Polybius *lib.* 6. Respondeo omnes gentes communia quædam habere, vt Religionem & Magistratus, quod rectè observat Artemidorus *lib.* 1. *cap.* 19. sed præcepta de sacris & sacerdoribus vnaquæque civitas propria habet, & vt eleganter idem ait, ἄλλοι γὰρ ἄλλους τιμῶσι θεοὺς, ἀλλ᾽ ἐπὶ τὸ αὐτὸ τὴν ἀναφορὰν ἔχουσι πάντες. Idem dicere licet de potestate & auctoritate Magistratuum. hæc enim omnia in civitate Romana nihil commune habent cum jure naturali & gentium: quod manifestò indicat Tull. *in fine lib.* 3. *de legib.* tractaturus in 4. qui hodie non extat, de jure pop. Rom. id est de jure publico, quo cujusque Magistratus auctoritas continetur. ***De jure*, inquit, *naturæ cogitare per nos atque dicere debemus, de jure proprio Romanorum quæ relicta sunt & tradita***; vt intelligamus hoc jus propria quædam habere, de quibus ex inchoatis

B

naturæ intelligentiis per nos cogitare non possumus.

* [11] COLLECTVM EST ENIM] An etiam jus publicum tripertitum sit ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus, controversum est. Quidam affirmant, vt Accursius, Iohannes, & Azo: quidam negant, vt Fulgosius, Odofredus, & Cujacius. Illorum falsa, istorum vera opinio est. Imprimis enim jus publicum naturale non est, quia brutis conveniret: quod dici non potest, cùm belluæ nec sacra, nec sacerdotes, nec magistratus habeant, in quibus tamen jus publicum consistit, *l.* 1. §. 2. *ff. hoc tit.* Non est etiam jus gentium; quia licèt Religio sit juris gentium in *l.* 2. *ff. hoc tit.* ritus tamen, & ceremoniæ, & sacra, propria sunt cujusque civitatis, aut cujuscunque nationis. Non est denique jus civile; quia jure publico regitur vniversa civitas, jure civili quisque civis; quæ duo inter se distant tantùm, quantùm publica, & privata vtilitas.

De Iure naturali, gentium, & civili.

CAPVT II.

IVS [1] naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris [2] atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritiâ [3] censeri.

Ex l. 1. §. jus ff. de just. & jure.

* PRÆMISSA superiore titulo divisione juris generaliter sumpti in publicum & privatum: alia hîc ponitur juris etiam generaliter sumpti, in naturale, gentium, & civile. cujus triplicis constituendi causa fuit vtilitas, & necessitas. Nam jus naturale, quod belluis & homini commune est, necessitas omnium quasi animantium extorsit. nam ne animantium genus periret, natura stimulum conjunctionis procreandi causâ illis indidit; vt per generationem se perennia, & quasi perpetua redderent, vt ait Theophilus. Ius gentium humana quoque necessitas introduxit, vt nominatim ait Iustinianus *in §. jus autem hoc tit.* Denique jus civile plurimorum vtilitas, *l.* 11. *ff. hoc tit.* civitas enim sine aliquo proprio jure nec se tueri, nec cives ejus commodè, & securè vivere poterant.

Adversus trimembrem hanc juris divisionem duæ vulgò afferuntur objectiones. Prima ex Paulo *l.* 11. *ff. de Iust. & Iure*, vbi duas tantùm species constituit, Naturale, scilicet, & Civile. Secunda ex Aristotele *lib.* 5. *Ethic. cap.* 7. vbi Ius Civile dividitur in naturale, & legitimum. Ad primam respondeo, ideo Paulum duplicis tantùm juris meminisse *in d. l.* 11. quòd loqueretur de eo tantùm jure quo soli homines vtuntur; & consequenter nomine juris naturalis intellexisse jus gentium. Nam jus naturale duobus modis dicitur. *Primo*, quod commune est omnibus animantibus; & hoc sensu accipitur in tripartita hac divisione. *Secundo*, quod ratio naturalis inter omnes homines constituit; & in tripartita hac divisione id propriè appellatur jus gentium, quod comparatum cum jure civili naturale appellatur;

non quòd naturale sit brutis, sed quòd natura illud hominum mentibus insevérit. sic jus gentium dicitur à Iustiniano naturale §. *singulorum, infrà de rerum divis.* sic à Iurisconsultis jus gentium, & naturale promiscuè vsurpatur *l. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Ad secundam respondeo, Aristotelem vsurpare jus civile pro innato illo jure, quo homo aptus est ad societatem; ad quam cùm non solùm legibus, sed naturæ instinctu trahatur, dicitur homo naturâ animal civile, & politicum, id est ad cœtum, & societatem natum. Ideo sub politici, hoc est civilis juris nomine, non tam jus naturâ, quàm legibus sancitum, quod legitimum vocat, complectitur. Multo itaque latiùs jus civile ab Aristotele sumitur quàm à Iurisconsultis, pro eo scilicet omni, quo societas, & communis vitæ vsus continetur.

[1] IUS NATURALE EST] Iuri proximum est, quod homines ratione & jure faciunt: id etiam cùm bruta facere videmus, sanè in iis certissima vestigia ejusdem juris deprehendimus; vt in tutela sui, quæ hominibus jure gentium permissa est moderamine certo, dicimus jus esse ratione constitutum. Eamdem tutelam sui omnibus animalibus natura dedit, & ejus peritiam, vt loquitur Seneca Stoïcus *in epist. 121.* Et hoc est quod ait Iustinianus, *hujus juris peritiâ bruta censeri*, & hanc tutelam habere homines ab ipsa natura cum brutis communem: cui tamen ratio naturalis modum præscribit; & ita paulatim discedere cœpit à jure naturali. hunc modum si detrahas, remanet simplex jus naturale, quo primi homines nondum adultâ ratione vtebantur: vt vel hoc argumento evincere liceat, jus esse; quia quidam homines hujus juris peritiâ aliquando censebantur.

[2] MARIS ATQUE FEMINÆ CONIUNCTIO] Conjunctio est naturale nomen, & pertinet tam ad homines quàm ad bruta: matrimonium tantùm ad homines pertinet, quia habitâ ratione pudoris & honestatis contrahitur, *l. adoptivus, §. 2. ff. de ritu nupt.* Est igitur juris gentium. Sed si addas justa solemnia nuptiarum à jure civili inducta, connubium est, quod propriè pertinet ad cives Rom. tantùm. Et ita jus quo in nuptiis vtitur Rom. civitas, comparatum esse apparet ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus. Ius gentium cogitasse videntur omnes prorsus Iurisconsulti, qui respondent matrimonium non solvi deportatione, *l. 5. §. 1. ff. de bonis damnatorum, l. 1. C. de repudiis.* Et jus civile, qui contrà deportatione matrimonium solvi affirmant, *l. si quis sic stipuletur ff. solut. matrimon.*

[3] PERITIA CENSERI] Ius est non tantùm illud quod ratione vtitur, sed etiam illud quod rationi consequens, & proximum est, *l. de quibus ff. de legibus.* Rationi autem consequens & proximum jus est, quod belluis communicatur; nam quod homines faciunt præviâ & duce ratione, cùm bruta instinctu naturali facere videntur, jus aliquod in brutis juri, & rationi proximum deprehendimus: ideóque instinctus, & stimulus ille qui in belluis est, jus aliquo modo dici potest, cùm sit similis effectui qui à ratione producitur. Nec obstat quòd bruta dicantur incapacia injuriæ, *l. 1. §. 1. ff. si quadrupes pauperem fec. dic.* & consequenter juris, nam duplex injuria, vna quæ est deflexio à ratione, altera quæ ab instinctu naturali; prioris bruta incapacia sunt, *d. l. 1.* posterioris capacia, *l. 1. §. jus naturale ff. de just. & jure.*

§. I. Ius autem [4] civile, vel gentium ita dividitur. Omnes [5] populi qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure vtuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius civitatis proprium est: vocatúrque jus civile

quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocatúrque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes vtantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure vtitur. Quæ singula qualia sint suis locis proponemus.

[4] IVS AVTEM CIVILE, VEL GENTIVM] Hæc verba videntur esse compilatoris, vt præcedentia Vlpiani verba jungat sequentibus Caii, quibus jus civile à jure gentium distinguitur.

[5] OMNES POPVLI] Ergo qui non reguntur moribus & legibus, vtuntur jure naturali tantùm, quod nec propriè jus esse videtur. Ius propriè est civile, vel gentium, *l. pen. ff. de justit. & jure.* Civile quod in civitate omnibus aut pluribus vtile est; gentium, quod semper æquum & bonum est, vtpote cum ipso humano genere proditum, *§. commodiùs infrà de rer. divisione, l. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Proficiscitur enim à ratione naturali hominum animis à natura insita; quæ tamen initio velut tenebris obducta fuit, sed detecta tandem, & ad summum producta jure gentium constituto, atque descripto. Ius igitur naturale non est antiquius jure gentium, si rationem illam naturalem à qua proficiscitur inspicias; sed est profectò antiquius constitutione & descriptione; quia jus gentium à jure naturali recedere dicitur in *l. 1. §. vlt. ff. de justit. & jure.* Et quia jure naturali homines omnes liberi nascuntur, quod jus gentium mutavit; sic in *l. 1. ff. de curator. furioso*, hæc verba negotium facessunt viris eruditis, *lege XII. tab. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.* Ex quibus quidam colligunt hanc interdictionem esse antiquiorem *lege* XII. *tab.* cùm tamen certissimum sit id fuisse receptum interpretatione prudentum ad leg. XII. tab. Ab initio igitur, post legem XII. tabularum, vt in *l. 2. §. his legibus, ff. de orig. jur.* vbi eodem fere tempore tria jura nata esse dicuntur; leges XII. tab. interpretatio prudentum, & legis actiones; quæ tamen omnia indistinctè nemo nescit plerumque dici esse ex lege ipsa, verbi gratiâ, legitima patronorum tutela originem repetit à leg. XII. tab. quam tamen esse constat ex interpretatione, sed non malè, quasi id videatur fuisse in mente decemvirorum, quamvis non sit expressum. Idem dicendum est de jure gentium, quod ab illa naturali ratione proficiscitur, quamvis statim ab initio constitutum & definitum non sit. Hoc igitur propriè jus est, nam & homines vinculo quodam ligat & adstringit, sed vinculo æquitatis tantùm, *l. Stychum §. naturalis, ff. de solut.* Et vt jus naturale cum hoc jure gentium comparatum vix juris nomen retinet, sic nec jus gentium cum jure civili. quo sensu dicimus obligationem esse vinculum juris, agnationem esse nomen juris, *in § vlt. infrà de legitim. agnator. success. & initio tit. de obligat.* Connectimus tamen & conjungimus hæc jura: aliquando prius trahimus ad posterius, & vice versâ posterius ad prius pertinere dicimus; vt de legibus Iurisconsultus scribit *in l. 26. 27. & 28. ff. de legib.* & ita conjuncto vtroque jure, naturali & gentium, dicimus obligationem contrahi inter dominum & servum: non quia est quædam obligatio ex jure naturali, vt quidam ineptè censent, sed habitâ ratione status in quo fuit jure naturali servus, *l. si quod ff. de condict. indeb.* vel vt eruditissimè Fulgosius ait, non toto negotio inspecto secundùm jus naturale, ex quo servus liber est, sed assumpto jure gentium, ex quo est obligatio. Conjuncto igitur vtroque jure, vt in casu difficili Iulianus ille Iurisconsultus duobus capitibus legis Velleiæ conjunctis respondet, *l. Gallus, §. ille*

casus ff. de liber. & post. Sic jus civile aliquando retrotrahimus ad jus gentium, vt cùm dicimus acceptilationem esse juris gentium, *l. 8. §. vlt. ff. de acceptil.* quam tamen constat jure civili fuisse introductam: *Hoc jure*, inquit Iurisconsultus, *vtimur*, id est postquam cœperunt hæc jura auctoritate prudentum in vnam consonantiam jungi, vt de jure civili & prætorio eleganter loquitur *§. sed cùm paulatim, infrà de testam. ordinand.*

§. II. Sed jus quidem civile ex vnaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium: nam si quis velit Solonis vel Draconis leges, appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim & jus, quo populus Romanus vtitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites vtuntur; Romani enim Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti quum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam vsu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt, & captivitates sequutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium[6] omnes penè[7] contractus introducti sunt, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.

Ex Hermog. l. 5. ff. de justit. & jure.

[6] Ex hoc iure gentium] Contractus qui proprium nomen habent, sunt fere ex jure gentium, *l. 7. ff. de Pactis.* Et hos recensere & enumerare vnicuique facile est. Sed præter hos contractus sunt & alii innumeri, qui certum & proprium nomen non habent, & ideo dicuntur contractus incerti, *l. 9. ff. de reb. credit. l. 1. §. debitum ff. de constit. pecun.* Et actio quæ ex his contractibus nascitur, incerta dicitur, *l. cùm res 22. C. de donat.* Ex his autem certis contractibus, non tantùm sunt naturales obligationes, sed etiam civiles; quia ita fuerunt à jure civili approbatæ, vt sint efficaces ad agendum. Imò & ex incertis, id est innominatis contractibus, si gestum negotium contractui proprium nomen habenti comparari possit; vt in nobilissimo contractu ob rem dati, de quo Paulus in *l. naturalis ff. de præscriptis verbis.* hæc comparatio si deficiat, vel damus condictionem naturalem, ex æquo & bono introductam; vt in vexata specie *l. vlt. ff. de condict. causa data:* vel recurrimus ad extremum subsidium actionis de dolo, vt in dicta *l. naturalis §. quod si faciam.* Sunt tamen quidam contractus qui à mero jure civili sunt introducti, vt qui descendunt ex legibus. item omnis stipulatio, & obligatio quæ olim nominibus fieri dicebatur, de qua in *tit. de literarum obligat. infrà.*

* [7] Pene] Adjecit *pene*, propter obligationes quæ sunt meri juris civilis, cujusmodi est stipulatio, mancipatio, donatio propter nuptias, literarum obligatio, & conventiones legitimæ.

§. III. Constat autem[8] jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto: vt apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ

Ex Vlp. l. 6. & 7. ff. de

ἀγράφοι. Scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, Principum placita, Magistratuum edicta, responsa prudentium. *justit. & jure.*

* [8] CONSTAT AVTEM] Proponitur hîc divisio juris civilis in scriptum, & non scriptum: cujus divisionis ratio redditur in §. *ex non scripto hoc tit.* quòd jus civile Romanorum partim ex jure Attico repetitum sit, quod erat scriptum, partim ex Lacedæmonio, quod non scriptum. Generali autem nomine juris civilis hoc loco, etiam jus prætorium continetur; tamquam pars ejus & species, quamvis aliàs à civili distinguatur, *l. 7. ff. de justit. & jure.* Ad hæc notandum, ex his sex partibus juris quatuor primas, legem scilicet, plebiscitum, senatusconsultum, & Principum placita, continere, & esse jus ipsum: reliquas duas, Magistratuum edicta, & responsa prudentum, non esse jus ipsum. Ius ipsum appello, quod rectâ viâ introductum est, & ex quo directæ actiones dantur. Non ipsum jus, quod obliquâ viâ, & juris tantùm emendandi, supplendi, & interpretandi gratiâ introductum est; cujusmodi sunt Magistratuum edicta, & responsa prudentum. Nam cùm jus civile nimiis angustiis coërceretur, necesse fuit illud supplere, in multis illud adjuvare & interpretari; qua in re fere major pars juris scripti versatur, vt videre est potissimùm in actionibus, & successionibus.

§. IV. Lex est [9], quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat. Plebiscitum est, quod plebs, plebeio Magistratu interrogante, veluti Tribuno, constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere. Nam appellatione populi vniversi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus: plebis autem appellatione, sine Patriciis & Senatoribus, ceteri cives significantur. Sed & plebiscita latâ lege Hortensiâ non minùs valere, quàm leges cœperunt.

[9] LEX EST] Ateïus Capito apud Aulum Gell. *lib. 10. cap. 20. Lex est generale iussum populi aut plebis rogante Magistratu.* nam & plebiscitum legem esse constat, ex lege Hortensiâ.

* [9] LEX EST] Ius quod populus per expressum, & scriptum consensum statuit, proprio & nativo nomine lex appellatur. juris enim constituendi potestas priùs fuit penes populum sub libera Republica, vt hîc Theophilus animadvertit. Nonnumquam tamen generali nomine legis reliquæ juris partes cohonestantur, quòd vim legis habeant; & exinde Ateïus Capito apud Gellium *lib. 10. cap. 20.* legem & plebiscitum confundens, vtrumque hac definitione comprehendit: *Lex est,* inquit, *generale jussum populi, vel plebis.* postquam, scilicet, lege Hortensiâ plebiscita non minùs valere quàm leges cœperunt, *l. 2. §. deinde cùm esset, ff. de orig. juris.* Hîc tamen Iustinianus primam vtriusque originem, legis & plebisciti, respiciens, vtrumque distinxit; tum propter diversos vtriusque auctores, tum propter diversum effectum. Legis enim auctor erat populus, plebisciti plebs. Deinde lex generaliter tam plebeios, quàm patricios obligabat: at plebiscita, plebeios tantùm & tribunos tenebant; donec Hortensius Dictator, cùm plebs tertiò & postremò propter æs alienum, post graves & longas seditiones in Ianiculum montem secessisset, ejus revocandæ causâ legem tulit; vt eo jure quod plebs statuisset, omnes etiam patricii vterentur. Hanc tamen Cujacius *prioribus notis ad hunc locum,* &

l. 2. §. deinde cùm esset, ff. de orig. jur. Horatio Tribuno plebis tribuit, in secunda secessione in montem Aventinum, eámque postea ab Hortensio Dictatore confirmatam in tertia secessione. Sed refellitur Cujacii opinio, & erroris convincitur ab Antonio Contio *lib. 2. lect. cap.* 8.

§. V. Senatusconsultum [10] est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam quum auctus esset populus Romanus in eum modum, vt difficile esset in vnum eum convocari legis sanciendæ causâ, æquum visum [11] est Senatum vice populi consuli.

* [10] SENATVSCONSVLTVM] Senatusconsulta olim sub libera Republica vim legis non habuerunt, ideóque facilè supprimebantur; aut si extabant, annua tantùm erant, vt notat Dionys. Alicarnass. *lib. 6.* Postea sublatis comitiis, propter summam difficultatem populum convocandi in vnum locum legis sanciendæ causâ, necessitas ipsa curam Reipublicæ ad Senatum deduxit, *l. 2. §. deinde cùm esset, ff. de orig. juris.* Quod & probat Cornel. Tacitus *lib. 1.* his verbis, *Tum primùm è campo comitia ad patres translata sunt.* Ex eóque tempore cœpit Senatus vice populi consuli, tantámque auctoritatem habuit, vt jus facere potuerit, *l. non ambigitur, ff. de legibus*; & quicquid constituebat observaretur, *dicta l. 2.* & hoc jus est à necessitate constitutum, vt ait Modestinus in *l. pen. ff. de legibus.*

[11] ÆQVVM VISVM EST] M. Tull. *lib. 1. de Orat. Senatum servire populo, cui populus ipse sui regendi & moderandi potestatem, quasi quasdam habenas tradidisset.*

§. VI. Sed & quod Principi [12] placuit, legis habet vigorem: quum lege Regia [13], quæ de ejus imperio lata est, populus ei, & in eum [14] omne imperium suum & potestatem concessit. Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat: hæ sunt quæ Constitutiones appellantur. Planè ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult. Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui pœnam inrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem quum generales sint, omnes proculdubio tenent.

* [12] SED ET QVOD PRINCIPI] Ius quod constituit Princeps proprio nomine Constitutio appellatur, & legis vigorem habet, *l. 1. ff. de Constitut. Princip.* quia quod Princeps facit, populus, à quo accepit auctoritatem, facere videtur; vicem enim populi Princeps sustinet, *dicta l. 2. §. novissime, ff. de orig. jur.*

* [13] LEGE REGIA] Antiquæ legis meminit Iustinianus in *l. 1. §. sed in hoc studium, Cod. de veteri jure enucl.* fertúrque ea lex primùm lata à Romulo, auctore Livio *lib. 34.* & longo pòst tempore in Augusto renovata: ait enim Dio *lib. 53.* legem de imperio Augusti latam esse, vt is esset dominus populi & legum.

[14] EI ET IN EVM] Sidon. Apollinaris in Panegyrico dicto Anthemio:
In nos vt possint, Princeps, sic cuncta licere,
In te non totum licuit tibi.

* 14 EI, ET IN EVM] Horum verborum vis & sensus hic esse videtur, vt populus non solùm potestatem suam Principi tribuerit, & eâ se omnino spoliarit; sed etiam Principis legibus se obligarit. dicitur enim hîc, *in eum*, pro, *in se ipsum*, vt & *ei* pro *sibi*, dixit Vlpianus in *l. quotiens*, *§. fin. ff. soluto matrim.* quoniam lege Regiâ Princeps dominus factus est non tantùm legum, sed etiam populi, apud Dionem loco citato.

§. VII. Prætorum quoque [15] edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quòd qui honorem gerunt, id est Magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & Ædiles curules edictum de quibusdam causis, quod edictum juris honorarii portio est.

15 EDICTA PRÆTORVM] Edictum Prætoris, neque lex est, neque vim legis obtinet, vt Senatusconsultum, vel constitutio Principis; quia Prætor vicem populi non sustinet, vt Senatus vel Princeps. & ita in §. *quarum rerum, infrà, de exception.* Exceptiones vel ex legibus, vel ex iis quæ vicem legis obtinent, vel ex Prætoris jurisdictione substantiam capere dicuntur.

* 15 PRÆTORVM QVOQVE EDICTA] Prætoris edictum neque lex est, neque vim legis obtinet, vt senatusconsulta, vel constitutio Principis, quia Prætor vicem populi non sustinet, vt Senatus vel Princeps, sed præest tantùm jurisdictioni: quare custoditè ait Tribunianus hoc loco, *Non modicam habent juris auctoritatem*: non etiam æqualem legi. nam Prætor non facit dominos, non facit heredes, sicut lex, Senatus, & Princeps, §. *quos autem, infrà, de bon. possession.*

§. VIII. Responsa prudentium [16], sunt sententiæ & opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus institutum erat, vt essent qui jura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare jus respondendi datum est, qui Iurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt judici recedere à responso [17] eorum non liceret, vt est constitutum.

16 RESPONSA PRVDENTIVM] Ius quod ex auctoritate prudentum descendit, sine scripto venisse dicitur, & communi nomine jus civile appellatur in *l. 2. §. his legibus, & §. ita in civitate ff. de orig. jur.* de quo Papinianus in *l. 7. ff. de justit. & jure*, quæ videntur accipienda de jure tam scripto, quàm non scripto, & de auctoritate veterum prudentum. Hic autem §. qui fere totus est de manu Tribuniani, responsa prudentum tribuit juri scripto: & ipsa Papiniani, Pauli, Vlpiani, & ceterorum qui sub Cæsaribus floruerunt scripta intelligit, vt in *l. vnica C. Theod. de responsis prudentum*, *l. 1. C. de veteri jure enucl. l. vlt. C. de legib.* quia Cæsar Augustus constituit, vt ex ejus auctoritate responderent Iurisconsulti, vt major juris auctoritas haberetur; ait in *d. l.* Pomponius, §. *primus divus Augustus:* mutato enim Reipub. statu Iurisconsultorum auctoritas penitus sublata erat, M. Tull. *lib. 1 Offic. Optimè constituti juris civilis summo in honore fuit cognitio, atque interpretatio, quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua Principes retinuerant, nunc vt honores, vt omnes dignitatis gradus, sic hujus scientiæ splendor deletus est.* Ex quibus intelligimus cui bono fuerit Augusti constitutio, quâ vt Iurisconsultos, id est principes illos viros, vt M. Tull. loquitur, vel majoris dignationis, vt Pompon. loquitur, in integrum restitueret, voluit eos ex auctoritate Principis respondere,

dere. Idem Augustus bibliothecam juris civilis in templo Apollinis dedicasse dicitur à veteri interprete Iuvenalis, in illum locum,

Iurisque peritus Apollo.

Hæc tamen summa auctoritas non à singulis Iurisconsultis pro beneficio petita fuit sub Augusto, sed quia Tiberius beneficia sub Augusto concessa rata non habuit, nisi & ipse nominatim confirmasset; quod & ex ejus instituto sequentes Cæsares vsque ad Titum observarunt, qui primus vno edicto omnia præterita confirmavit generaliter, vt Sueton. scribit in Tito: Primus Massurius Sabinus, vt est in *d. l.* 2. §. *Massurius*, cœpit hoc beneficium petere à Tiberio; quod tamen, vt Pomponius ait, ei concessum erat, generali nempe concessione Augusti: sed voluit Sabinus morem gerere huic edicto Tiberiano, quod causam dedit novæ petitioni. & cave ne te decipiat scriptura Pomponii in *d. l.* §. *divus Augustus*, illo loco, *Et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit*; quasi hoc cœperit ab Augusti tempore. nam ipse Pomponius jam dixit hoc beneficium cœpisse dari à Tiberio Cæsare: nec sibi contrarius id mutat; sed ait simpliciter, primum Augustum constituisse, vt Iurisconsulti ex ejus auctoritate responderent; & inde factum esse, vt peti hoc pro beneficio cœperit, non sub Augusto, sed sub Tiberio, occasione Constitutionis Tiberianæ de qua jam dixi; vt apud Pomponium præcedentia & sequentia confirmant. Ius quod obtinuit sub Augusto recentavit Imp. Adrianus, rescribens hoc non peti, sed præstari debere: cujus rescripti & hæc ratio reddi potest, quia exemplo Titi Adrianus initio imperii, omnia beneficia & privilegia confirmaverat generali edicto, *l. 6. quæ est aliàs 7. §. est autem, ff. de excusat.* Quæ omnia, Pomponii verba nondum satis intellecta valde illustrant.

Et notandum est ex hoc §. Constitutione Augusti hoc fuisse expressum, judici recedere à responsis Iurisconsultorum non licere: quod intelligendum est tam de magistratu, quàm de judice dato. de Magistratu, qui, vt Seneca ait *lib. 1. de tranquillitate animi, cap. 3.* adeuntibus Assessoribus, id est Iurisconsultis, *l. 1. ff. de offic. Assess. l. 2. ff. quod quisque jur. in al. statuerit.* verba pronuntiat, nemo dubitat. de judice dato, convincit omnino A. Gellius, *lib. 12. cap. 13.* Sed hanc summam auctoritatem ab Augusto Iurisconsultis concessam abrogare cogitavit Caligula, vt Sueton. narrat in ejus vita; *Sæpe*, inquit, *jactitans effecturum se, ne quid possint respondere præter eum*; id est absque, vel sine se, inconsulto Principe. nam illo loco *præter* est *δίχα*, id est absque, vt in veteribus glossis Philoxeni, & aliis plerisque auctoribus. & sanè à sequentibus Imperatoribus eàdem ratione imminuta, imò omnino sublata fuit Iurisconsultorum auctoritas. cœperunt enim Principes de jure respondere, & Iurisconsultorum officium sibi assumere, vt ex Iustin. verbis colligere licet, *d. l. vlt. C. de legib.*

* 16 RESPONSA PRVDENTIVM] Iurisconsultorum, sive prudentum tria olim fuere genera; quæ tamen hîc confundit, aut saltem non apertè distinguit Tribunianus. Inprimis enim fuerunt prudentes, qui leges XII. tab. interpretati sunt: quorum interpretationes, & disputationes in foro agitatæ, & examinatæ sæpius in tribunalibus Principum & Magistratuum, & tacito, non scripto consensu omnium receptæ; jus illud civile, quod sine scripto venisse dicitur, pepererunt; vocantúrque specialiter jus civile, non scriptum, sed moribus receptum, *l. 2. §. his legibus latis, ff. de orig. jur.* Secundò fuerunt prudentes qui privatim respondebant consulentibus, auctoritate probabili, non tamen necessariâ; quales erant plerique, qui senili ætate confecti, variis rerum judicatarum experimentis &

longo vsu, trituram forensem sibi comparaverant: quique deposito orandarum causarum onere, domi jus respondere solebant. Tertiò denique fuerunt, qui publicè & auctoritate Imperatoriâ, signatis responsis proprio sigillo, propriâque cerâ, respondebant. quod primus D. Augustus dicitur instituisse; quo major juris auctoritas haberetur, *d. l. 2. §. primus D. Augustus.* Et de hujusmodi prudentum responsis loquitur Iustinianus hoc loco: puta de responsis Massurii Sabini, Labeonis, & aliorum, de quibus in *d. l. 2. §. fin.*

* 17 VT IVDICI RECEDERE NON LICERET] Iudicis appellatione propriè Pedanei Iudices intelliguntur, id est Iudices speciales, quibus singulæ causæ cognoscendæ à Magistratibus delegabantur: qui Pedanei ideo dicti, quia nec jurisdictionem habebant, nec pro tribunali judicabant sedentes; sed de plano stantes. Inde Agipedes, & Planipedes dicti sunt: aut fortè si sederent, collatitio tantùm, & fortuito scamno vel cespite sedentes judicabant, *Novell. 71. & 81.*

§. IX. Ex non scripto[18] jus venit, quod vsus comprobavit. Nam diuturni mores consensu vtentium comprobati, legem imitantur.

18 EX NON SCRIPTO] Diuturnos mores ait legem imitari, eâdem fere formâ, quâ adoptio dicitur naturam imitari. nam vt adoptio commento quodam, vt Papin. loquitur in *l. 76. ff. de condit. & demonstrat.* dat nobis liberos quos non suscepimus; sic diuturni mores nobis jus conficiunt, quod nullâ expressâ civium conventione inductum est, & tamen pro lege servatur. & ideo quod ait hoc loco, *consensu*, intellige de tacito consensu, vt in *l. 35. ff. de legib.* Ius enim quod consensus fecit, nominatim separatur à jure quod firmavit consuetudo, *l. pen. eod. tit.* Gellius *lib. 20. cap. 9. Institutum est contra XII. tab. tacito consensu*, id est moribus.

* 18 EX NON SCRIPTO] Tacitus populi consensus facit jus non scriptum, quod consuetudo appellatur; quæ pro lege habetur, vbi non est lex aliqua contraria, *l. 2. Cod. quæ sit longa consuet.* Aut si est lex, ea tamen longâ consuetudine abolita est, *l. de quibus, ff. de legib. & senatusconsultis.*

§. X. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus[19] ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet, & Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, vt Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent: Athenienses verò ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

19 NAM ORIGO EIVS] Plin. *lib. 8. epist. 24. Habe ante oculos, hanc esse terram quæ nobis miserit jura, quæ leges non victa acceperit, sed petentibus dederit: Athenas esse quas adeas; Lacedæmonem esse quam regas.*

§. XI. Sed naturalia quidem jura[20], quæ apud omnes gentes peræquè servantur, divinâ quâdam providentiâ constituta, semper firma atque immutabilia[21] permanent. Ea verò quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel aliâ postea lege latâ.

20 SED NATVRALIA QVIDEM IVRA] Ius naturale, quod apud omnes gentes peræquè servatur, est immutabile; quia semper æquum & bonum est, *l. pen. ff. de iustit. & jure.* Ius civile autem mutabile; quia non semper æquum & bonum: Tertull. *in Apologet. Adhuc vobis repurgandæ leges latent, quas neque annorum*

numerus, neque conditorum dignitas commendat; sed æquitas sola: & ideo cùm inique recognoscuntur meritò damnantur. Hoc igitur sæpe mutatur, & ita evanescit, vt nullum remaneat vestigium deficiente æquitate. Illud verò quamvis expellas contrario jure, tamen vsque recurrit. *Proclive enim & consequens est* (vt eleganter ait *l. 5. C. de bonis quæ liberis*) *ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benignè, atque juris naturalis moderamine temperare.*

* [21] FIRMA ATQVE IMMVTABILIA PERMANENT] Iura naturalia si causam efficientem inspicias, divinam scilicet providentiam, vel etiam naturam, quam idem cum Deo Stoïci putabant, firma & immutabilia esse certum est: sed si loca, personas, & tempora; propter loci, personarum, & temporis vtilitatem, aliquando inumbrari, non etiam omnino tolli. Potest enim jus civile juri naturali detrahere, non immutare. Aliud est enim detrahere, aliud mutare. Sic pactum quod emptioni detrahit, emptionem mutare non dicitur, *l. 7. §. adeo, ff. de pactis.* Objicies: servitus est constitutio juris gentium contra naturam, id est juri naturali contraria, *§. servitus autem, tit. proximè seq.* Ergo jus naturale mutari, & convelli potest. Respondeo cum Cujacio, jus naturale mutari posse; non quidem jure civili, sed alio jure naturali; veluti jure gentium, tamquam potentiore. Potentius enim est jus gentium jure naturali; cùm illud ratione naturali, istud solo instinctu regatur. Vel probabiliùs respondeo: jus gentium non mutare jus naturale, sed ab eo tantùm recedere, vt loquitur Vlpianus in *l. 1. §. jus gentium, ff. de justitia & jure.* Vrgebis: Ius naturale etiam jure civili mutari potest, *§. quod autem, infrà de cap. minut.* vbi cognatio, quæ juris naturalis est, *l. 10. §. 1. ff. de gradib. & affinib.* dicitur tolli & perimi capitis minutione, quæ est juris civilis, *l. 8. ff. de cap. minut.* Respondeo cognationem duobus modis spectari: primo, vt solùm naturalis est, & solum jus sanguinis respicit; & hoc modo capitis minutione tolli non potest, nec vllo alio jure civili, *l. 2. ff. unde cognati, l. jura sanguinis, ff. de reg. juris.* Secundo, vt pertinet ad jus, quo cognatorum successiones deferuntur cognatis; & hoc modo cognatio capitis minutione maximâ & mediâ tollitur, id est non computatur in ea parte edicti Prætoris, quâ Prætor cognatis dat bonorum possessionem: quia hæc bonorum possessio, sive successio, solis civibus Romanis defertur, quales esse non possunt, qui mediam, & maximam capitis diminutionem passi sunt, *toto tit. de cap. minut.* id est, (vt verbo dicam) cognatio jure civili tolli non potest, sed effectus eius impediri potest, *§. 1. infrà, de servili cognat.*

De Iure personarum.
CAPVT III.

OMNE autem jus quo vtimur [*], vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et priùs de personis videamus. Nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causâ constitutum est, ignorentur. Summa itaque divisio de jure personarum hæc est: quòd omnes homines, aut liberi sunt, aut servi.

Ex Vlp. l. 1. ff. de stat. hõ. Ex Caio l. 3. eod.

* PERSONÆ verbum simpliciter dictum, non hominem ipsum naturaliter significat, sed qualitatem, conditionem, & statum hominis: quo sensu hîc idem significat omnino, quod titulo de statu hominum in ff. Persona igitur hoc loco pro-

priè is homo dicitur, qui personâ vel liberi, vel servi hominis, velut habitu quodam, jure indutus est: quod ab iis qui partes agunt in fabulis deductum videtur. Illi enim propriè personæ, personati, & personam agere dicuntur; dum hujus vel illius conditionem, & qualitatem repræsentant. Porro, juris nomine hoc loco non solùm ipsum jus civile intelligendum est, sed jus quod ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus collectum est. Nam servi qui personarum aliam speciem constituunt hac divisione, jure civili, nec statum, nec personam habent, *l.* 3. §. *vlt. l.* 4. *ff. de capite minut.* sed ex persona domini æstimantur, initio *tit. infrà de stipulat. servor.* imò & pro mortuis habentur, *l. quod attinet, ff. de reg. juris.* Sed aliud obrinet naturali, vel gentium jure; hoc enim jure, & statum, & personam habere videntur, *l. in personam, ff. de reg. jur.* In qua quod de obligatione dicitur, de civili & prætoria accipiendum est, non de naturali; quam in personam servorum cadere tam certum est, quàm civilem non cadere.

[1] OMNE IVS QVO VTIMVR] Quod nempe collectum esse dicit ex præceptis naturalibus gentium & civilibus. nam quod Caius ait *tit. de jure personar.* vel Hermogenianus in *l.* 2. *de statu hom.* si jus civile inspicias, in servis constare non potest; servi enim nullum jus habent, imò nec statum, *l.* 3. §. *vlt. l.* 4. *ff. de cap. minut.* nulli enim omnino sunt, & ex persona domini considerantur, vt init. *tituli de stipulat. servorum infrà vulg. l. quod attinet, ff. de reg. jur.* Sed aliud obtinet jure naturali, hoc enim jure, & personam, & statum habere videntur, *d. l. quod attinet.* Et quod ait Iurisconsultus in *l.* 22. *eod. tit.* in personam servilem nullam cadere obligationem, accipere debemus de obligatione civili, vel prætoria.

§. I. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas [2] eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur [3]. *Ex Florent. l. 4. ff. de statu hom.*

[2] EST NATVRALIS FACVLTAS] Servius ad illud Virg. *Libertas quæ sera tamen*, &c. *Aliter dicit servus libertatem cupio, aliter ingenuus; ille enim carere vult servitute, hic habere vult liberam vitam, pro suo scilicet arbitrio agere.* Ne dicas igitur cum Irnetio hanc definitionem ad servum pertinere; vetus enim est libertatis definitio, quæ opponitur servituti, vt apud Dion. Chrysostomum *orat.* 14. *&* 15. facere simpliciter quod sibi videatur. Nostri addunt, *nisi quid vi aut jure prohibetur.* Vt, pro arbitrio suo pupillus agere prohibetur à tutore; habet enim in pupillum tutor vim ac potestatem: quâ ratione à divo Paulo *epist. ad Galatas cap.* 4. pupillus nihil differre dicitur à servo. Idem de filiisfam. Seneca *lib. 6. cap. 24. de benefic. Adolescentibus*, inquit, *ac jam potentibus sui, si remedia metu aut intemperantiâ rejiciunt, vis adhibetur ac servitus.* Sed hæc servitus, propriè non est servitus; vt eleganter docet Dio Chrysost. *in orat.* 14. Denique hæc vis à jure est, quod parenti, vel tutori hanc potestatem dedit; non est igitur vis quæ opponatur juri. Vis igitur propriè est potentioris, latronúmve; à quibus qui opprimitur servus non est, nec qui capitur bello civili, *l.* 24. §. *vlt. de captiv. & postlim. ff.* Corn. Tac. 2. *histor. Civilibus prœliis capti in prædam non vertuntur.*

[3] NISI SI QVID VI, AVT IVRE PROHIBETVR] Dices: Verba hæc non satis videntur apertè distinguere liberos à servis; nam vt servi à dominis his duobus tantùm modis, vi aut jure, prohiberi ac coërceri possunt, ita & liberi vi, aut jure possunt prohiberi: *vi*, puta, latronum, *l. qui latronibus*, 13. *ff. qui testamenta facere possunt: jure*, puta, quo furtum prohibetur. Sed respondeo libertatem hîc definiri

quæ servituti opponitur: at liber homo, vi aut jure aliquid facere prohibitus, non fit servus, sed liber remanet; quod & Servius significasse videtur in illud Virgilii:

Libertas, quæ sera, tamen respexit inertem.

dum ait, *Aliter dicit servus libertatem cupio, aliter ingenuus; ille enim vult carere servitute, hic vult habere liberam vitam, pro suo, scilicet, arbitrio agere.* Deinde liberi hominis dominus est lex ipsa, *ff. ad leg. Aquil.* cui parere debet, *l. 2. ff. de legib.* Servi dominus est homo, cui servire debet jure gentium, vel jure civili. Ad hæc notandum duplicem esse libertatem, naturalem vnam, alteram legitimam, quæ libertinitas appellatur; quarum vtraque hac definitione continetur.

§. II. Servitus autem [4] est constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subicitur.

[4] SERVITVS AVTEM] Ab hostium ferocitate contra naturalem libertatem inducta, vt nominatim ait *l. vnica, C. de Senatusconsulto Claud. tollendo.*

§. III. Servi autem ex eo appellati sunt, quòd Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare nec occidere solent, qui etiam mancipia dicta sunt, eo quòd ab hostibus manu capiuntur.

§. IV. Servi autem [5] aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris. Fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate: aut jure civili, quum liber homo major viginti annis ad pretium participandum [6] sese venundari passus est.

[5] SERVI AVTEM] Servi fiunt bello, pretio, conjugio, ait *l. pen. Cod. Theod. ad Senatusconsultum Claud.* Bello, capti ab hostibus; ídque ex jure gentium, itémque nati ex ancillis nostris, eodem jure, *l. 5. §. 1. ff. de stat. homin.* Præmio, vel pretio, jure civili, si liber homo ad pretium participandum sese venundari patitur, vel ad actum gerendum; quod addere licet ex *l. 6. §. irritum, ff. de injusto rupto irrito.* Pro præmio enim libertatis consequitur administrationem rerum domini. Cujus servitutis vestigia observo in *l. 2. C. Th. de liberali causa.* Conjugio, si mulier servili amore debacchata contubernio alieni servi sese subdiderit, vt loquitur *l. vlt. C. de Senatusconsulto Claudiano.* Sed quæri potest meritò, an hoc pactum de participatione præmii cum ipso emptore interponatur? Hoc quidem notissimus D. Augustini locus à Cujacio notatus suadet. Sed obstant *l. liberis, §. si quis sciens, ff. de liberali causa*, & *l. Licinius Rufinus, ff. quibus ad libertatem proclamare non lic.* quæ à sciente emptore non contrahi venditionem affirmant. Sed vt in imaginaria emptione, quâ servus ex propriis nummis redimebatur, res olim omnis agebatur inter emptorem imaginarium, & dominum; & necessarium erat nominatim ab initio hoc agi, *l. 1. §. si ab initio, ff. de manumiss.* Deinde, & cum ipso domino rectâ viâ, & sine imagine venditionis de libertate pacisci potuit servus, *l. 9. C. de condict. ob causam dat.* Sic, & hoc casu res olim agebatur inter imaginarium venditorem liberi hominis, & emptorem, qui statum ejus ignorabat: & deinceps sine vllo venditore liber homo sese emptori mancipabat, pretio convento pro jactura libertatis propriæ. Et vtroque casu, sublato commento, & fictione pristinâ explosâ, emptio & venditio libertatis recepta fuit.

[6] AD PRETIVM PARTICIPANDVM] Rectè Cujacius in prioribus notis interpretatur, *ad pretium partiendum*, quasi sola pretii partitio servum faciat. Indignum quippe libertate se ostendit, qui liberum arbitrium, quod per eam ha-

bet accepto pretio prodit, inquit rectè Theophilus. Sed inquies: liber homo æstimationem non recipit, *l. liberi hominis, ff. de deject. & effusis.* Ergo licèt se venundari patiatur, venditio nulla est. Deinde, quomodo fieri potest, vt liber homo se vendi patiatur ad pretium participandum; cùm omne quod acquirit servus, acquirat domino, *l. placet. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Respondeo, sicut vsucapio jure singulari recepta est adversus manifestam juris regulam, quæ dictat, Neminem cum alterius damno locupletari debere; idque in odium rem suam negligentis: sic jure singulari introductum esse, vt qui se venundari patitur servus fiat. Deinde, etsi quæ acquirit servus, non sibi sed domino acquirat: tamen hoc quasi exceptum videtur, si ex venditione sui ipsius aliquid acquirat. Sed hæc tamen species servitutis vt dira nimis sublata est, *Novella Leonis 59.* per quam, tam is qui libertatem servitute commutavit, & seipsum libertatis propriæ venditor prodidit; quàm ipse emptor, qui cum ipso designavit facinus, verberibus castigari jubetur.

§. V. In servorum conditione nulla est differentia. In liberis multæ differentiæ sunt: aut enim sunt ingenui, aut libertini.

De Ingenuis.

CAPVT IV.

INGENVVS est is, qui statim vt natus est, liber est: sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero ingenuo. Sed etsi quis[1] ex matre nascitur libera, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus est, quoniam vulgò conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licèt ancilla conceperit. Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur[2] liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit: liberum an servum pariat? Et Marcianus probat, liberum nasci. Sufficit enim ei qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse. quod verum est.

Hic totus tit. ex Marc. l. 5. de statu hom.

[1] SED ETSI QVIS] Non potuit Alex. Severus hoc jus primus introducere, vt vult nota posterior Cujacii, ex decreto de quo in *l. Severus, ff. de Decurionib.* quia ante Alexandrum Imper. Antoninus in *l. 3. C. soluto matrimon.* ex jure quod jam obtinebat rescribere videtur, eum ingenuum esse, sed spurium: & inde dubitandi ratio, an spurius Decurio creari possit, in *l. spurii, ff. eod. tit.* Verius esse videtur hoc jus descriptum fuisse ex rescripto Severi & Antonini, de quo in *l. 1. C. de postliminio reversf.* Ex hoc enim rescripto filius natus apud hostes, ex captivis

duobus, cum matre sola reversus; quasi sine marito natus, ingenuus & spurius dicitur, *l. Divi, ff. de captivis & postliminio.* Hujus autem rescripti auctoritate & argumento, multa favore libertatis Iurisconsulti inducere cœperunt, vt ostendit *l. 1. §. quæri, ff. de suis & legit. heredib.* Et sanè in hoc casu eadem ratio idem jus desiderabat. Nam si natus ex patre defuncto apud hostes quem servum esse constabat, reversus cum matre libera sequitur conditionem matris, & ingenuus est, sed spurius; consequens erat generaliter responderi, ex matre libera & servo natum ingenuum esse, sed spurium. Sed Papinianus in *l. 2. ff. ne de statu defuncti*, vt in plerisque aliis locis, ab antiqui juris observatione non discedit, ex quo placuit partum statum parentis deterioris sequi. vnde constat hoc placuisse Principibus, non juris auctoribus.

* [1] SED ETSI QVIS] Filius ex matre libera, & patre servo natus, liber est, quod primùm ex rescripto Impp. Severi & Antonini introductum videtur, *l. 3. Cod. soluto matrim. l. 1. Cod. de postlim. reverf.* Non ex rescripto Alex. Severi, vt vult nota posterior Cujacii, ex *l. Severus, ff. de Decurion.* cùm ante Alex. Severum Severus & Antoninus qui hoc constituerunt, imperarint. Et ex eorum rescripto postea placuerit, vt partus ventrem sequeretur, id est matris conditionem, *l. partum Cod. de rei vindic.* Vt enim filiorum dignitates & honores ducuntur à patre, *l. emancipatum, §. si quis conceptus, ff. de Senatorib. l. 2. §. in filiis, ff. de Decurion.* ita status & libertas à matre; ideo forsitan quia mater est certior quàm pater, *l. quia semper, ff. de in jus voc.* Sed huic sententiæ adversatur Papinianus in *l. 2. ff. ne de statu defunct.* dum ait, non esse filiis inferendam libertatis quæstionem, propter patris, vel matris memoriam, post quinquennium à morte retractatam: quibus verbis apparet partum sequi tam patris, quàm matris conditionem. Respondeo, temporibus Papiniani nondum cautum fuisse, vt ex servo, & libera liber nasceretur: sed id postea ex constitutione Severi & Antonini introductum fuisse favore libertatis, *d. l. 3. Cod. soluto matrim. & d. l. 1. Cod. de postlim. reverf.* Rursus dixerit aliquis, Natus ex libertina non est libertinus, sed ingenuus, vt dicitur initio hujus tit. Ergo partus conditionem matris non sequitur. Respondeo, ingenuum nasci, non libertum, aut libertinum; quia nemo potest esse libertus, aut libertinus, nisi antè servus fuerit: At filius qui ex matre libertina nascitur, nunquam servus fuit. Nec obstat quòd aliquando mater serva fuerit: nam calamitas, id est servitus matris, filio non debet nocere.

[2] PLACVIT EVM QVI NASCITVR] Plerisque placuisse, tempus conceptionis spectandum esse, non editionis ait *l. 7. §. 1. ff. de Senator.* quorum sententia favore libertatis obtinuit, vt inquit Paul. *lib. 2. sentent. tit. de liberis cognosc.* qui tamen in *l. vlt. ff. de sentent. passis.* contrarium asserere videtur. Quod igitur hoc loco ait Marcianus, *placuit*, commodè intelligi potest de ipsis juris auctoribus, vel Iurisconsultis, quorum prævaluit sententia rescriptis Principum confirmata, *l. 4. C. de pœnis.*

§. I. Quum autem ingenuus[3] aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, & postea manumissum esse. Sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

* [3] CVM AVTEM INGENVVS] Duplex est servitus, vna vera & justa, altera putativa, & injusta; illa servi proprietatem simul & possessionem domino addicit, ista possessionem duntaxat: per illam propriè quis servus est, per istam di-

citur tantùm in servitute esse, salvâ libertate. Ideóque manumissio quæ illam sequitur, natalibus officit; quæ istam, non officit; propterea quòd manumissio veritati & origini ingenuitatis præjudicare non potest. Apud Paulum *lib. 5. sentent. tit. 1. l. 6. 24. & 29. Cod. de liberali causa.* Sed nec hodie post Novellam 78. vtra manumissio officit libertati, tametsi is qui manumissus est, natus sit servus; quia per eam Novellam sublata est differentia ingenuitatis, & libertinitatis.

De Libertinis.

CAPVT V.

LIBERTINI sunt, qui ex justa servitute [1] manumissi sunt. Manumissio autem, est datio libertatis. Nam quamdiu quis in servitute est, manui & potestati suppositus est: manumissus liberatur potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: vtpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur: nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita. Sed postea quàm jure gentium servitus invasit, sequutum est beneficium manumissionis. Et quum vno naturali nomine [2] homines appellarentur, jure gentium tria genera esse cœperunt: liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

Ex Caio l. 4. de statu hom.

Ex Marc. l. 5. eod.

Ex Vlp. l. 4. de just. & jure.

[1] EX IVSTA SERVITVTE] Iusta servitus est, quæ modis legitimis, κατ' ἔννομους δικαιωτάτους, vt Dion. Halicarnass. loquitur, contingit, de quibus in *tit. de jure person.* Non justa, capti bello civili, infantis expositi, quem educator retinet vt servum, ob sumptus educationis; & ceterorum de quibus in *tit. C. de ingenuis manum.* ad hos pertinet quod ait *§. vlt. tit. superioris.* rescriptum sæpe fuisse, natalibus non officere manumissionem.

* [1] EX IVSTA SERVITVTE.] Iusta servitus est, cùm quis jure gentium, aut jure civili servit; injusta, cùm neutro jure, sed solo errore, tam ejus qui retinet, qui putat se esse dominum; quàm ejus qui retinetur, qui conditionis suæ ignarus putat se esse servum.

[2] ET CVM VNO NOMINE] Seneca *de vita beata, cap. 24. Hominibus prodesse natura jubet, servi, liberine sint; ingenui, aut libertini; justa libertatis, aut inter amicos data: quid refert? vbicumque homo est, ibi beneficio locus est.* Et in *epist. 31. Quid est libertinus, aut servus? nomina ex injuria nata.*

§. I. Multis autem [3] modis manumissio procedit: aut enim ex sacris Constitutionibus [4] in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta [5], aut inter amicos [6], aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet vltimam voluntatem [7]. Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quàm ex nostris Constitutionibus introducti sunt.

* [3] MVLTIS

* 1 MULTIS AUTEM MODIS] Tres erant olim legitimi manumittendi modi, census, vindicta, testamentum, ex Cicerone in *Topicis*. Censu manumittebantur tantùm (inquit Vlpianus *de reg. juris tit.* 1.) qui lustrali censu Romæ jussu dominorum suum nomen inter cives Romanos profitebantur. Moris enim fuit Romanis, vt quisque civis singulis lustris, id est quolibet quinquennio, nomen suum in censum deferret, id est in tabulam, vel chartam, in qua nomina sua, suásque facultates conscribebant, quò belli tempore pro modo sui patrimonii quisque conferret, inquit Theophilus. Servus itaque, qui domini jussu aut voluntate nomen suum in censum deferebat, liber, & civis Romanus fiebat: modò dominus integro lustro, id est quinque annis continuis, in eadem voluntate perseveraret; nam intra lustrum poterat dominus pœnitentiâ ductus libertatem revocare, ex Cicerone *lib.* 1. *de Orator*. Vindictâ fiebat manumissio apud Prætorem, vel alium magistratum, cui eius rei erat concessa potestas, teste Vlpiano, loco suprà citato. Cui manumissioni initio quidem certa & solemnia verba adhiberi solebant, sed tandem per lictorem domino tacente expediri cœpit; vt verba solemnia licèt non dicerentur, dicta tamen intelligerentur, *l. manumissio* 23. *ff. de manumiss. vindicta*. Et hoc est quod Boëtius in Topica Ciceronis; vindictam, id est virgulam, non à magistratu, sed à lictore fuisse impositam. Denique testamento fiebat manumissio dupliciter: vel directè, id est imperando, verbi gratiâ, *Pamphilus liber esto:* vel obliquè, & rogando, vt, *Rogo te vt servum meum manumittas*. Et hi tres manumissionis modi ideo legitimi dicti sunt, quia per eos manumissi plenam libertatem, & civitatem Romanam consequebantur.

4 EX SACRIS CONSTITUTIONIBUS] Tres fuisse constitutiones Constantini de manumissione in Ecclesia nominatim ait Sozomen. *lib.* 1. *histor. Ecclesiastic. cap.* 9. quas solebant initio tabularum, quibus libertatem datam fuisse testabantur, inserere; sed duas tantùm habemus in *tit. Cod. de iis qui in Ecclesiis manumitt.* Videtur introducta in locum, & ad instar veteris manumissionis, quâ olim dabatur libertas ei, qui domini voluntate inter cives Rom. censebatur, lustro tantùm condito, vt docet Vlp. *in vet. Fragm. regul. post collationem legis Mosaïcæ cum lege Romana.*

* 4 EX SACRIS CONSTITUTIONIBUS] Obsoletâ manumissione quæ censu fiebat, postquam scilicet lustrum cum suo impuro sacrificio condi desiisset, vt rectè notavit Anton. Contius *subc. lectionum lib.* 2. *cap.* 9. in ejus locum introducta fuisse videtur manumissio quæ fit in Ecclesiis, sub aspectu plebis, & assistentibus Christianorum antistitibus: cujus primus auctor fuit Constantinus Imperator, vt constat ex *l.* 1. *&* 2. *Cod. de his qui in Eccl. manumitt.* & ex Sozomeno *l.* 1. *Eccles. historiæ cap.* 9. Et hæc manumissio est, quæ in veteribus Francorum legibus dicitur fieri per chartam, sive per tabulam, vt testatur hæc formula legis Ripuariæ *tit.* 58. *Qui servum suum pro anima sua remedio, seu pretio, secundùm legem Romanam libertare voluerit, vt in Ecclesiis coram Presbyteris, Diaconibus, seu cuncto Clero, & plebe, in manum Episcopi servum cum tabulis tradat, & Episcopus Archidiaconum jubeat, vt ei tabulas secundùm legem Romanam qua Ecclesia vivit, scribere faciat.* Et ideo secundùm legem Romanam, quia priscis Francorum moribus dabatur libertas ex lege Salica jactato denario coram Rege, vnde ita manumissi *Denariales homines* appellantur in *Capitularib. Caroli M. lib.* 6. *capit.* 208. & in formulis Marculphi *lib.* 1. *cap.* 22. Ex lege Romana, id est ex constitutionibus Constantini suprà citatis, per chartulam sive tabulam. Vnde chartularii, vel tabularii dicti, *d. capitulari* 208. vide Cujac. *lib.* 4. *Obs. cap.* 5.

[5] VINDICTA] Id est festuca lictoris, vt Plautus loquitur in *milite glorioso*, capiti servi imposita à magistratu, qui legis actionem habet, vt docet vetus glossarium Græcum verborum Iuris. Hanc tamen Imperator ex lege Augusti cùm manumittit non imponit, *l.* 14. §. *vlt. ff. de manumiss.* Sed quid est quod ait Boëtius in Topica Ciceronis; Vindictam non à magistratu, sed à lictore fuisse impositam. Respondeo hoc tandem vsurpatum fuisse, quando manumissio explosis veteribus solemnibus à lictoribus expediri cœpit.

[6] AVT INTER AMICOS, AVT PER EPISTOLAM] Adde vel per mensam ex Theophilo, & Gotico Iurisconsulto Papiano, *tit.* 44. Iis enim modis olim Latina libertas competebat, non Romana. Sed hic locus accipiendus est ex mente Iustiniani cum adjectionibus, quibus modos ipsos qui ad Latinitatem ducebant, ad capiendam civitatem Rom. traduxit, vt ipse profitetur in §. *vlt. de success. libert.* vide Cujac. *lib.* 18. *Obs. cap.* 21.

*[6] INTER AMICOS] Adde & per mensam; cùm scilicet dominus libertatis dandæ gratiâ servum convivio adhibebat cum amicis, vt docet Theophilus loco citato. Ceterum sublatâ dedititiâ & Latinâ libertate, *l. vnica Cod. de dedit. libert. toll. & l. vn. Cod. de Latina libert. toll.* hic locus ita est accipiendus ex mente Iustiniani, vt his omnibus modis hodie competat civitas Romana, vt infrà dicemus.

[7] AVT PER ALIAM QVAMLIBET VOLVNTATEM] Testamento, aut quolibet alio vltimo elogio, vt loquitur *l. pen. C. communia de manumiss.* Codicillis putà testamento non confirmatis, qui non sunt pars testamenti; epistolà vel libello, verbis sine scriptura: quibus omnibus modis fideicommissum ab intestato relinquitur, *l. & in epistola, C. de fideicomm. l. vlt. C. de testam. manum. l.* 12. *C. de fideicommissar. libertatib.*

§. II. Servi autem à dominis semper manumitti solent; adeò vt vel in transitu[8] manumittantur, veluti quum Prætor, aut Præses, aut Proconsul in balneum, vel in theatrum eant.

[8] VEL IN TRANSITV] Vel in villa, etiam sine lictoris præsentia, idque Vlpiano Iurisconsulto Prætori ita permittente, *l.* 8. *ff. de manum. vindicta.*

§. III. Libertinorum[9] autem status tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modò majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modò minorem, & Latini, ex lege Iunia Norbana[10] fiebant: modò inferiorem[11], & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititiorum numero. Sed dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit, Latinorum verò nomen non frequentatur, ideóque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus Constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum perduxit: quia & à primis vrbis Romæ cunabulis vna atque simplex libertas competebat, id est ea quam habebat manumissor: nisi quòd scilicet libertinus sit, qui manumittitur, licèt manumissor ingenuus sit: & dedititios quidem per Constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Tribuniano, viro excelso, Quæstore

antiqui juris altercationes placavimus: Latinos autem Iunianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, aliâ Constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter Imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos [12] nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romanâ donavimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

[9] LIBERTINORVM AVTEM STATVS] Latinis Iunianis, & dedititiis originem dedit Augustus, quo auctore latæ sunt leges Iunia Norbana, & Ælia Sentia, quibus vt Suetonius ait in ejus vita, *cap.* 40. servos multis difficultatibus à libertate, & multò pluribus à libertate justa remotos esse voluit, cùm promiscuè multis modis justam libertatem darent; quod & Dio lib. 55. nominatim scribit, apud quem ἀκριβῶς manumissus dicitur is, cui vera, certa, justa, legitima libertas contingit. Curavit igitur Augustus tres constituens libertatis gradus, à colluvione servilis sanguinis incorruptum servare populum Romanum; forsitan excitatus Dionysii Halicarn. nobili querelâ, quam vide lib. 4. Antiquit.

* [9] LIBERTINORVM AVTEM] Hos tres libertatis, sive libertinitatis gradus, D. Augustus constituit, vt à colluvie servilis sanguinis sincerum & incorruptum servaret populum. cùm enim multi promiscuè multis libertatem darent, auctor fuit, licèt non lator, legis Iuniæ Norbanæ, & Æliæ Sentiæ, vt scribit Suetonius in ejus vita cap. 40. quibus legibus cœpit esse triplex gradus libertinorum, vt docet Vlpianus *lib. Reg. tit.* 1. cùm anteà vna simplex libertas competeret, & essent tres manumittendi modi, censu, vindictâ, & per testamentum, vt docet Vlpianus loco citato. Itaque post dictas leges, qui manumittebantur per mensam, aut per epistolam, aut inter amicos, quos naturales manumittendi modos appellat Theophilus §. *vlt. hoc tit.* non fiebant cives Romani; sed mediam quamdam libertatem consequebantur, ad exemplum Latinorum colonorum quibus exæquabantur. qui Latini colonarii liberos in potestate non habebant, nec testari poterant; quia licèt liberi quidem essent, cives tamen Romani non erant, sed peregrini; ideo vivebant quidem vt liberi, sed vltimo vitæ spiritu cum animo libertatem amittebant, & moriebantur vt servi. Adde quòd ex secundo capite legis Æliæ Sentiæ, Latini quoque fiebant, qui minores 30. annis manumittebantur à domino minore 20. annis, nisi causa fuisset probata apud consilium, eodem Vlpiano auctore *d. tit.* 1. Denique manumissus à domino, qui non ex jure Quiritium, sed in bonis tantùm servum habebat, licèt legitimo modo, id est vindictâ, censu, vel testamento ei data fuisset libertas, Latinus fiebat, *l. vnica §. illo proculdubio, Cod. de Latina libert. toll.* Vide Theoph. ad hunc locum.

[10] LATINI EX LEGE IVNIA NORBANA] Vide elegantiss. Fragmentum Vlpiani *post collationem legis Mosaïcæ cum lege Rom.* posteriorem notam Cujacii, *& cap.* 5. *lib.* 4. *Obs.* Sed adde ex lege Ælia Sentia, Latinum esse servum minorem 30. annis testamento, vel censu manumissum. Itémque manumissum à domino, qui non habuit jus Quiritium: vel eum cui nominatim data est Latina libertas, etiam legitimo modo, id est vindictâ, vel testamento, *l. vn. §. illo procul modo, C. de Lat. libert. toll.*

[11] MODO INFERIOREM] D. Augustin. in expositione epist. ad Galat. *Stigmata dicuntur notæ quædam pœnarum servilium; vt si quis, verbi gratia, servus in compedibus fuerit propter noxam, id est culpam, vel hujusmodi aliquid passus fuerit, stigmata habere dicitur; & ideo in jure manumissionis inferioris est ordinis.* Pessima autem fuit dedititiorum conditio, quia & ipsi pessimi, id est torti propter noxam nocentes inventi, traditi, vt ferro vel cum bestiis pugnarent, ideóque indigni Latinâ vel Romanâ libertate, peregrini, extorres, & ἀπόλιδες habebantur, vt docet Vlp. *lib. Reg. tit.* 1. *& tit. de testam.* Nec alium opinor heredem habebant quàm fiscum, argumento *l.* 1. §. *hi quibus, ff. de leg.* 3. Vt obsides & captivi, *l. obsides*, §. *qui testamenta facere possunt*, *l. divus* 31. *& l. seq. ff. de jure fisci.* Eos enim lex Ælia Sentia exæquaverat hostibus, qui se suáque omnia in deditionem pop. Rom. dederant. Id autem videtur inductum, non tantùm in odium vilissimorum servulorum, sed & dominorum qui nequissimos homines ad civitatem Rom. legitimis modis pervenire volebant.

* [11] MODO INFERIOREM] Inferior libertas dedititia, quæ dabatur iis quos primum caput legis Æliæ Sentiæ exæquaverat hostibus, qui se, suáque omnia in ditionem populi Romani dederant. Ideóque quocumque modo essent manumissi, hanc inferiorem & imaginariam libertatem consequebantur, neque ad civitatis Romanæ jura vnquam pervenire poterant. Vnde pessima eorum conditio fuit, quia & ipsi pessimi erant, vtpote pœnæ causâ vincti à domino, propter noxam torti, nocentésque inventi, quibus stigmata in fronte, vel in alia corporis parte inusta erant, qui ad gladium, vel ad theatralem venationem damnati fuerant, Vlpianus *lib. Reg. tit.* 1. §. *dedititiorum.*

[12] ET OMNES LIBERTOS] Si tenorem hujus clausulæ, & verborum consequentiam inspicias; videtur Iustin. hac postremâ constitutione *de Latina libertate tollenda*, hæc omnia perfecisse, id est sustulisse differentiam ætatis manumissi, & domini manumissoris, omnésque manumissionis modos exæquasse. Sed si habeas rationem temporis, reperies priùs discrimen temporis fuisse sublatum; quo nempe minor 30. annis manumitti non potuit vindictâ, nisi apud consilium causâ probatâ, & sine consilio manumissus servus manebat. Testamento verò vel censu manumissus, Latinus erat, non civis Rom. nam & in censu habita fuit ratio ætatis, quod in notis ad Vlpianum Cujacius non agnovit, & retractat in *Paratit. Cod. communia de manumiss.* Reperies, inquam, hanc differentiam ætatis fuisse sublatam constitutione Iustin. ad Iulianum Præf. præt. in *l.* 2. *C. communia de manumiss.* cujus pars esse videtur *l. vnica Cod. de nudo jure Quirit. toll.* quæ differentiam bonitarii domini & quiritarii sustulit: & deinceps *constit. de Latina libert. toll. ad Ioh. Præf. prætor.* qui post Iulianum hac dignitate functus est, manumissionis modos exæquasse; sed cum quibusdam adjectionibus, vt suprà notavi, & additis multis modis quos nominatim recenset in *d. l. vn. C. de Lat. libert. toll.* Hæc tamen omnia mirâ brevitate complectitur, quasi eodem tempore perfecta & constituta sint.



Qui & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt.

CAPVT VI.

NON tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is qui in fraudem creditorum [1] manumittit, nihil agit [2]: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

[1] IN FRAVDEM CREDITORVM] Vel patronorum, vt docet Vlp. *tit.* 1. *lib. Regul.* Nihil autem agere dicitur, qui vel contra legem facit, id eſt contra legis verba, vel in fraudem legis, ſalvis tamen verbis legis, *l. ſi libertus, ff. de jure patron.* Revocari tamen dicitur libertas contra legem data, *l.* 1. *C. qui manum. non poſſ.* & reſcindi, *l.* 15. *ff. quæ in fraud. creditor.* Sed revocari, vel reſcindi ipſo jure, non per actionem, quia ab initio manumiſſio nulla eſt.

*[2] NIHIL AGIT] Id eſt, vt Caius interpretatur, collata manumiſſio ipſo jure nulla eſt, quòd facta ſit contra verba legis Æliæ Sentiæ. Nihil enim agere dicitur, qui facit contra legem, id eſt contra verba legis, vel in fraudem legis, ſalvis verbis legis; & ſi quid tale fecit, ipſo jure nullum eſt, *l. ſi libertus* 16. *ff. de jure patronat.* Nec obſtat quòd libertas data in fraudem creditorum dicatur revocari, in *l.* 1. *Cod. qui manumitt. non poſſ.* & reſcindi, in *l.* 5. §. *ſi Titius, ff. qui & à quibus manumiſſ.* & retrahi, in *l. in fraudem*, §. *à debitore, ff. de jure fiſci.* Nam & rectè revocari, reſcindi, & retrahi dicitur, quod ipſo jure nullum eſt, *l. hoc modo* 64. *ff. de condit. & demonſtrat.* Duobus enim modis aliquid retrahi & reſcindi dicitur; vel jure ipſo, vel per actionem: jure ipſo revocantur quæ antè non valuerunt; per actionem quæ interim valuerunt donec revocarentur. Libertates autem in fraudem creditorum datæ, per actionem non revocantur; quia in hanc rem nulla prodita eſt actio, ſed per ipſam legem Æliam Sentiam, & conſequenter ipſo jure, vt nominatim in *l.* 1. *Cod. qui manumitt. non poſſ. & d. l.* 5. *ff. qui & à quib.*

§. I. Licet autem domino qui ſolvendo non eſt, in teſtamento ſervum [3] ſuum cum libertate heredem inſtituere, vt liber fiat, heréſque ei ſolus & neceſſarius, ſi modò ei nemo alius ex eo teſtamento heres exſtiterit: aut quia nemo heres ſcriptus ſit, aut quia is qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa heres non exſtiterit. Idque eâdem lege Æliâ Sentiâ proviſum eſt, & rectè. Valde enim proſpiciendum erat, vt egentes homines, quibus alius heres exſtiturus non eſſet, vel ſervum ſuum neceſſarium heredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus: aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias ſervi nomine vendant, ne injuriâ defunctus afficiatur.

[3] SERVVM SVVM] Quæritur an & ſervum pignori datum? Sed antequam reſpondeam, tractare breviter debeo, an ſervum pignori datum debitor locuples manumittere poſſit, quod negat *l.* 3. *ff. de manumiſſ.* Sed eſt accipienda de ſervo ſpecialiter obligato. aliud enim eſt, ſi generaliter ſit obligatus ab eo, putà, qui generaliter obligavit omnia bona quæ habet, habiturúſque eſt, *l.* 3. *Cod. de ſervo pignori dato manum.* ex ſententia Caii, *l. generaliter, ff. qui & à quib. manum. liber. n.*

fiunt. Quæ ait, debitorem hoc casu pleno jure dominum esse; quasi debitor, (quod notandum) qui pignus tradidit, vel specialiter obligavit, minus juris in pignore habere videatur, vt convincit *d.l.*3. Et ita, qui rem pignori traditam, vel specialiter obligatam vendit, furti tenetur creditori; quod vix obtinet si generaliter obligatam vendiderit *l. si is qui rem 66. ff. de furt.* Et major profectò vis est in hoc casu specialis, quàm generalis obligationis, vt in *l. quamvis, C. de pignorib. & hypothec.* & in aliis plerisque casibus. Sed tandem obtinuit creditoris consensu interveniente procedere manumissionem, *l.* 4. *§. vlt. ff. de manumiss. vindicta, l. 26. & 27. §. vlt. ff. qui & à quib. manumissi, l.* 4. *Cod. de servo pignori dato, l.* 1. *Cod. de remiss. pignor.* quia consensu creditoris, debitor deteriorem pignoris causam facere potest, vt docet Paul. *lib.* 4. *sent. tit. de manumiss.* Quæ regula intelligenda est de re tradita, vel specialiter obligata pignori. & hæc in debitore qui solvendo est certissima sunt. Si verò solvendo non sit, obstat manumissioni lex Ælia Sentia, *d. l. generaliter.* & in veteri fragmento, *post collat. legis Mosaicæ cum l. Rom.* quod locum habet in servo etiam generaliter obligato, quem sine consensu creditoris rectè manumittit debitor, qui solvendo est. Sed si servus sit specialiter obligatus, obstat quoque ratio juris; quia deteriorem pignoris conditionem facere non potest sine creditore. Vtroque igitur casu non procedit manumissio, nisi consentiant qui fraudantur, quive jus pignoris habent.

His cognitis, nunc ad quæstionem propositam respondeo; eum qui solvendo non est, posse servum generaliter obligatum heredem instituere cum libertate, sine creditoris consensu; hoc enim casu nominatim permittit ei lex Ælia Sentia, quæ in *d. l. generaliter* obstare dicitur manumissioni, cùm nempe simpliciter servus manumissus, nec heres institutus. Sed si sit specialiter obligatus, provisio legis Æliæ Sentiæ non facit deterius jus creditoris, cui specialiter servus obligatus est, *l.* 1. *C. de necessariis heredib. instit.* Quæ est specialis obligationis summa vis, cui non derogavit lex Ælia Sentia. Sed vt in superiori specie, debitoris, qui solvendo non est, consensu creditoris procedit manumissio, ex rescripto Severi & Anton. *d. l.* 1. *C. de remiss. pign.* Sic & hoc casu servus pignori datus necessarius heres erit, consentiente, vel dimisso creditore, *l. pignori, ff. de hered. instit.*

Summa igitur hujus tractationis hæc sit. Vel debitor solvendo est, vel solvendo non est: primo casu, generaliter obligatum rectè manumittit, specialiter obligatum sine consensu creditoris manumittere non potest. Secundo casu, sive specialiter, sive generaliter obligatus sit, necessarius est consensus creditoris; quod locum habet in danda libertate simpliciter, sine heredis institutione. At qui solvendo non est, generaliter obligatum rectè heredem instituit, & manumittit: specialiter verò obligatus, non erit liber, & necessarius heres, sine consensu creditoris.

*3 SERVUM SUUM NECESSARIUM HEREDEM] Et hic casus est singularis, in quo adversus regulam juris invito beneficium datur à lege Ælia Sentia; ne infamiâ afficiatur dominus, qui solvendo non est. Sed quæres: si plures servi heredes instituti sunt, quid fiet? Respondeo distinguendo; vel enim omnes permixtè, & confusè scripti sunt heredes, & vt ait Caius, in circulo, *Instit. tit.* 1. adeò vt quis prior, quis posterior nominatus sit cognosci non possit; & hoc casu nullus eorum heres est, *l. qui solvendo 42. ff. de hered. instit.* quia invicem se impediunt, *l. invicem 43. ff. eod. tit.* Si verò separatim, veluti, Stichus, & Pamphilus heredes sunto, heres erit qui primo loco nominatus est, *l. qui solvendo 60. ff. eod. tit.*

§. II. Idémque juris est etsi sine libertate servus heres institutus est.

Quod nostra Constitutio non solùm in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, novâ humanitatis ratione[4], vt ex ipsa scriptura institutionis, etiam libertas ei competere videatur: quum non est verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi heredem fore.

[4] NOVA HVMANITATIS RATIONE] Sic novâ ratione, in *l.* 4. §. *pen. ff. de condict. ob turpem cauf. l. cùm hic status*, §. *si nurus*, *ff. de donat. inter vir. & vxor.* adhibitâ interpretatione Cujacii, *lib.* 25. *Obs. cap.* 9.

§. III. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est: vel datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur[5], nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant. Sæpe enim de facultatibus suis ampliùs, quàm in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, quum vtroque modo fraudantur creditores; id est, & consilio manumittentis, & ipsâ re, eo quòd ejus bona non sunt suffectura creditoribus. *Ex Caio l. 10. qui & à quibus.*

[5] PRÆVALVISSE TAMEN VIDETVR] An ex auctoritate magni Iuliani, vt alia pleraque in jure? *l.* 15. *ff. quæ in fraud. creditor.* Sed hæc sententia locum tantùm habet in directis libertatibus, non etiam in fideicommissariis; in iis enim eventum tantùm spectamus, *l.* 4. §. *si in fraudem. vers. si quis autem, ff. de fideicommiss. libertatib. l. vlt. C. qui manumitt. non possunt.* Directæ competunt, fideicommissariæ præstantur; sed non præstantur, nisi deducto ære alieno.

* [5] PRÆVALVISSE TAMEN VIDETVR] Vt alienatio in fraudem creditorum facta revocatur per actionem Paulianam, si fraudandi animus, & eventus fraudis concurrant, *l.* 10. §. *ita demum*, *ff. quæ in fraud. credit.* ita prævaluit, vt manumissio quoque in fraudem creditorum facta, per legem Æliam Sentiam ipso jure rescinderetur, si fraudandi animus, & eventus rei, id est fraus ipsa, conjunctim intervenirent. Quæ Iuliani sententia fuit in *l.* 15. *ff. eod. tit.* quæ confirmatur *l.* 1. *C. qui manumitt. non poss.* Hæc tamen sententia locum habet tantùm in directis libertatibus, non fideicommissariis. Nam in fideicommissariis solus fraudis eventus spectatur, *l. vlt. Cod qui manumitt. non poss.* Et ratio diversitatis hæc est, quia fideicommissariæ non præstantur, nisi deducto ære alieno, & postquam creditoribus omnibus factum est satis; directæ competunt ipso jure, statim atque adita est hereditas, nec infirmantur per æs alienum, nisi in fraudem creditorum à debitore, qui solvendo non est datæ fuerint. Vide Cujacium ad *d. l.* 15. *ff. quæ in fraudem creditor.*

§. IV. Eâdem lege Æliâ Sentiâ domino minori viginti annis, non aliter manumittere permittitur, quàm si vindictâ, apud consilium[6] justâ causâ manumissionis probatâ, fuerint manumissi.

[6] APVD CONSILIVM] Fuit in vrbe consilium Prætoris, in provinciis Proconsulis, vel Præsidis, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit.* 1. fuit in civitatibus, vel municipiis consilium Magistratuum municipalium, quos constat aliquando legis actionem

habuisse, *l. vlt. C. de vind. liber. & apud consil. manum.* De hoc consilio municipali vetus inscriptio: *Hoc opus omne facito arbitratu duumvirorum, & duumviratuum, dum non minus viginti adsient cùm ea res consuletur.* Fuit & consilium Principis, id est sacrum Consistorium, de quo in *d. l. vlt.* Apud consilium igitur manumittitur servus vindictâ, vel ab ipso domino impositâ, vt multæ leges docent, vel ab ipso lictore, aut magistratu, vt suprà docui. Magistratum enim vindictam imposuisse nominatim ait vetus interpres in illum locum Persii,

Vindictâ postquam meus à Pratore recessi.

*6 APVD CONSILIVM] Consilium habebatur Romæ Prætore sedente, & assistentibus ei quinque Senatoribus, & quinque Equitibus Romanis. In provinciis verò coram Præside, aut Proconsule, adhibitis viginti viris, qui Peregrini Recuperatores vocabantur: apud quos justæ manumissionis causæ probabantur, seu allegabantur; quæ si probatæ fuissent à consilio, servus vindictâ manumittebatur, vt docet Vlpian. *lib. Reg. tit. 1. versic. eadem lex.* & Theophilus hîc.

§. V. Iustæ autem manumissionis causæ hæ sunt: veluti si quis patrem, aut matrem, filium, filiámve, aut fratrem, sororémve naturales, aut * pædagogum, nutricem, educatorem, aut alumnum, alumnámve, aut collactaneum manumittat: aut seruum procuratoris habendi gratiâ[7], aut ancillam matrimonii causâ[8]: dum tamen intra sex menses vxor ducatur, nisi justa causa impediat: & qui manumittitur procuratoris habendi gratiâ, non minor decem & septem annis manumittatur.

L. si minor cum 3. leg. seq. ff. de manumiss. vind.
**Ex Modest. l. matrimonii, qui & à quibus.*

7 PROCVRATORIS HABENDI GRATIA] Vide Cujacium *lib. 22. Obseru. cap. 16.*

8 MATRIMONII CAVSA] In veteribus inscriptionibus passim: *libertæ & vxori bene merenti, conjux & patronus.* Quo sensu mulier quæ ex patrono liberos suscepit, quos & matris patronos esse constat, si fortè nuptias secundas contrahat, non potest dotem in fraudem legis Papiæ constituere, *l. 2. C. Th. de inofficios. dotib. & l. vnic. C. eod.* id est in fraudem portionis, quæ lege Papiâ patrono debetur à liberto, vel liberta, *infrà de success. libert. l. si libertus, ff. de jure patronat.*

§. VI. Semel autem causa probata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

§. VII. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus erat, eveniebat vt qui quatuordecim annos ætatis expleverat, licèt testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legatáque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, si is cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, vni servo dare libertatem non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res, ita & servos suos in vltima voluntate disponere quemadmodum voluerit, permittimus, vt & libertatem eis possit præstare. Sed quum libertas inæstimabilis est, & propter hoc ante.

vice-

vicesimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum & decimum annum [9] impleverit, & octavum decimum annum tetigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati, & pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertates dandas servis suis possint pervenire?

* 9 NISI DECIMUM SEPTIMUM ANNUM] Sublata est hæc constitutio per *Novell.* 119. *cap.* 2. per quam etiam anno 14. permittitur manumittere, ex qua Novella desumpta est *Authentica, sed hodie, Cod. qui manumittere non poss.*

De lege Fusia Caninia sublata.

CAPUT VII.

LEGE Fusiâ Caniniâ certus modus [1] constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertates impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum [2], vivos quidem licentiam habere, totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem: morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

HUJUS quoque legis auctorem fuisse Augustum constat ex Suet. *d. cap.* 40. qui nempe coërcere voluit vanitatem quorumdam dominorum, vel ut Dion. Halicarn. loquitur *lib.* 4. κενοδοξίας καὶ τῆς κενῆς φιλοτιμίας, qui testamento totam familiam manumittere solebant, liberalitatis gloriam, & rumusculos populi, etiam post mortem aucupantes; vel ut in funeris pompa magna Pileatorum turba libertorum præcederet. qui locus omnino pertinet ad *l. unic.* §. *sed & qui, Cod. de Lat. libert. toll. Sed & qui domini funus Pileati antecedunt*, inquit, *vel in ipso lectulo stantes cadaver ventilare videntur.* flabellis puta, ut in illo Claud. versu,

Patricius, roseis pavonum ventilat alis.

Hæc enim officia liberti, & clientes defunctis patronis præstare solebant. Varro apud Non. Marcell. *Ipsum protervi liberti semiatrati exequiantur.* D. Augustin. *de verbis Domini, in Evangelium secundum Lucam serm.* 24. *Quæ potuerunt agmina plangentium esse servorum, & ancillarum; quæ pompa clientum, quis splendor funeris, quod pretium sepulturæ?*

* Legis Fusiæ Caniniæ, cujus latores fuerunt Fusius Camillus, & G. Caninius Consules, auctor verò & suasor ipse etiam Augustus, ut constat ex Suetonio *cap.* 40. in hoc loco, *& de numero, & conditione, & de differentia eorum, qui manumitterentur, curiosè cavit.* Duplex autem hujus legis ratio fuit; una, ut profusior morientium voluntas coërceretur; quò enim liberaliores sunt qui moriuntur, quàm qui vivunt, eò magis coërcendi sunt, ne res suas perdant, & heredibus parum, aut nihil relinquant. Altera ratio, ut vana & stulta quorumdam ambitio coërceretur, qui totam suam familiam, id est omnes servos suos, etiam flagitiosissimos, testamento manu-

mittere solebant; vt inde post mortem laudem liberalitatis ferrent. & vt in funeris pompa magna Pileatorum libertorum turba procederet, quales se multas vidisse narrat Dion. Halicarnasseus *lib.* 4.

*[1] CERTVS MODVS] Hunc modum Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 14. sic explicat: vt à duobus vsque ad decem pars dimidia; à decem vsque ad triginta, pars tertia; à triginta vsque ad centum, pars quarta; à centum vsque ad 500, pars quinta, manumitti possent. Numquam autem plures quàm centum, licèt millenariam familiam habuisset. quod postea Iustinianus sustulit, *l. vnic. Cod. de lege Fusia Caninia toll.*

[2] QVVM SATIS FVERAT INHVMANVM] Quintil. *declamat.* 308. *Grave videri potest ipsum patrimonium, si non integram legem habet; & cùm omne jus in id nobis permittatur viventibus, auferatur morientibus.*

De iis qui sui, vel alieni juris sunt.

CAPVT VIII.

SEQVITVR de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentium, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de iis quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intellegemus quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus, de iis quæ in potestate dominorum sunt.

Hæc divisio ex 1. libro Inst. Caii, & l. 1. hoc tit.

§. I. In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas[1] juris gentium est. Nam apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necísque potestatem fuisse: & quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

SVMMAM illam vitæ necísque potestatem, quam ex jure gentium cives Rom. in servos habuerant; moribus, legibus, & constitutionibus Principum fuisse tandem moderatam, nemo est qui nesciat. Sed juris progressum non reperio explicatum. Videamus an talis sit. Primùm admissæ fuerunt à judicibus querelæ servorum de dominorum injuriis expostulantium: certis tamen ex causis, ob sævitiam, famem, & obscenitatem, vt ostendit notissimus Senecæ locus *lib.* 3. *de benefic. cap.* 22. *Atqui de injuriis dominorum in servos, qui audiat, positus est, qui & sævitiam & libidinem, & in prebendis ad victum necessariis avaritiam compescat.* Sequebatur Magistratus admonitio, quâ nempe humani officii domini admonebantur, quasi quâdam actione malæ tractationis conventi. Servo tamen occiso quocumque casu, homicidii reus non erat dominus. Primùm reperio ex lege Petronia, anno septimo imperii Neronis, inductum fuisse casum, quo pœnâ legis Corneliæ teneri cœpit dominus, qui sine judice ad bestias servum damnaverat, *l.* 11. *§.* 1. *& §. seq ff. ad l. Cornel. de sicar.* Hoc enim caput legis Petroniæ, vel ideo à Tribuniano sub

hoc titulo propositum fuit, vt ostenderet hoc supplicii genere non impunè licere domino in servum animadvertere: vt quod de patre ex constitutione Principum obtinuit, in *l. 2. eod. tit.* positum fuit; vt constet, contra constitutiones patrem occidentem filium, hodie teneri lege Corneliâ. quod vno casu lex Petronia, generaliter in omnibus observandum esse constituit Adrianus, vt Spartianus scribit in ejus vita, *Servos à dominis*, inquit, *occidi vetuit, eósque jussit damnari per judices.* Sed hæc Adriani constitutio cum d. capite legis Petroniæ sic est accipienda, vt teneatur dominus, qui vltimo supplicio vult in servum animadvertere, eum simpliciter offerre judici, non institutâ solemni accusatione adversus servum; sed vt hodie fit per modum querelæ, & inde vulgò, *la plainte*. Eleganter Modestinus in *d. l. 11. Oblato tamen judici servo, si justa sit querela domini, sic pœna tradetur.*

Ex hac igitur constitutione Adriani sublata fuit omnis potestas mortis, non tamen fuit sublata coërcitionis, & castigationis potestas. Sed quia plerumque abuti solebant hac coërcitione, & supra modum passim & indistinctè sævire in servos, vinculis, verberibus, fustibus, flagellis, quibus ex legibus publicis levia crimina vindicantur, *l. levia, ff. de accusat.* huic castigationi frænos injecit Antoninus Pius Adriani filius adoptivus & successor, qui perfecit quod pater cœperat. Ex constitutione Adriani non licet occidere, ex constitutione Antonini nec supra modum castigare, nisi fortè ex causa legibus cognita. Temperatam ergo castigationem dedit, qualem habent in servos magistratus municipales *l. 12. ff. de jurisdict.*. Ex hac igitur constitutione Antonini sic distinguimus: vel servus occisus est à domino supra modum sæviente, coërcente, & castigante ex causa legibus cognita, id est ex causa, qua puniendus, & castigandus est, etiam ex publicis legibus: & homicidii reus non est; quoniam noluit occidere, sed castigare; & ex nimia castigatione defecit, quod sæpe solet contingere, *l. aut damnum, §. nec ea, ff. de pœnis.* Et in sententia Pauli, apud *pariatorem leg. Mosaicæ cum lege Rom. init. tit. 3.* quæ omnino confirmat hanc meam interpretationem. Et de hoc casu accipiendæ sunt leges, in quibus servus dicitur à domino jure occisus, *l. 53. §. si heres, ff. de leg. 1. l. 96. ff. de verb. obl.* Vel servus occisus est à domino sine causa supra modum sæviente; & tunc homicidii reus est, quoniam dolo malo fecit, vt Paul. loquitur d. loco. & hæc est aperta sententia constitut. Adriani & Antonini, quas sine dubio Caius conjunxerat hoc ipso loco *lib. 1. Institut.* vt ex ruderibus Aniani Gotici Iurisconsulti, qui Institutiones Caii interpolavit, colligere licet *tit. 6.* his enim verbis, *sed distringendi in servos*, narratur constitutio Antonini juxta interpretationem meam; illis verò verbis, *nam si servus dignum morte crimen admiserit*, narratur constitutio Adriani quæ præcesserat.

Ex his apparet errare Theophilum, & Accursium, ad illa verba *sine causa*, adnotantes duos casus, quorum vno, etiam alienum servum occidere licet; secundo verò, etiam liberum hominem, *vulg. l. 3. ff. de justit. & jure.* Valde igitur imminuta fuit dominorum potestas his duabus constitutionibus. sed ad hanc Antonini constitutionem subtilius fuit quæsitum de dolo malo domini: id est quando videretur occisus servus ab eo, qui occidere nolebat, sed castigare; & quando occisus consulto consilio. qua in re, vt primus Azo notavit, ex jure Iudaïco habita fuit ratio dierum intra quos servus decesserat, quod jus abrogavit Imper. Constantinus, *l. 1. & 2. C. Th. de emend. servor. & l. vnica, C. eod. tit.* constituens, id æstimandum esse ex genere teli quo animadvertit dominus; vt si fortè servum loris, virgis, vel vinculis, afflixerit, ex justa causa puta, quod semper repetendum est ex constitutione

Antonini, non fit homicidii reus: aliud verò obtineat, si telo aut alio modo, consulto consilio, manu, aut jussu domini occisus sit. Et denique, an voluntate occidendi, vel mente castigandi occisus sit, tractare, & quærere licebit, ait *l. 2. C. Theod. eodem tit.*

Concludamus igitur, domino licere servum castigare, vel coërcere, non occidere, sine magistratus auctoritate; apud quem regulariter non existimo necessariam esse solemnem accusationem, sed sufficere querelam, vt cœpi dicere. Excipiendus est casus rescripti D. Marci, de quo in *l. servus, ff. de accusation.* quæ pertinet ad l. Iuliam de adulteriis. Finge: servus quidam reus erat adulterii, debet hoc casu dominus servum offerre judici, ex constitutione Adriani; sed vult accusare institutâ solemni accusatione secundùm juris ordinem, quod vix admitti potest, vt judicio publico vel privato dominus agat adversus servum: Consultus fuit hac de re D. Marcus per libellum, & rescripsit posse dominum accusare servum; fortè quia eodem casu obtinebat, filium à patre esse accusandum, *l. 2. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Nam in ceteris casibus, *l. 3. C. de patria potest.* ait simpliciter, debere patres offerre filios judicibus, id est agere per modum querelæ. Et hæc est manifesta distinctio variarum constitutionum de moderanda potestate dominica, quas plerique confundere solent. Rescriptum ejusdem Antonini, de servis bonis conditionibus vendendis, fideliter exposuit D. Cujac. *in notis posteriorib. & in responsis Papin. ad l. actioni, ff. de ædilit. edicto.*

* 1 QUÆ QUIDEM POTESTAS] De quo tamen dubitari possit, cùm ratio naturalis, quæ jus gentium constituit, *tit. de jure nat. gent. & civili, suprà,* tantam severitatem pati non posse videatur. Verùm cùm hostem captum jure liceat interficere, quò injuriæ prius à se commissæ justas pœnas luat; quid mirum si potestas vitæ & necis à jure gentium esse dicatur?

§. II. Sed hoc tempore[2] nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa[3] legibus cognita, in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minùs puniri jubetur, quàm qui alienum servum occiderit. Sed & major asperitas[4] dominorum, ejusdem Principis constitutione coërcetur. Nam consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de iis servis, qui ad ædem sacram, vel ad statuas Principum[5] confugiunt: præcepit vt si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus[6] vendere, vt pretium dominis daretur. & rectè. expedit enim Reipublicæ ne suâ re quis malè vtatur. Cujus rescripti ad Ælium Marcianum emissi, verba sunt hæc: Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui justè deprecantur. Ideóque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt. Et si vel duriùs habitos quàm æquum est, vel infami injuriâ affectos cognoveris, venire jube, ita vt in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severiùs exequuturum.

* 2 SED HOC TEMPORE] Summa illa potestas vitæ & necis, quam jure gentium cives Romani in servos habuerunt, legibus tandem & constitutionibus Principum sensim imminuta, & mitigata fuit. Imprimis enim, lege Petroniâ, & Senatusconsultis ad eam factis, dominis potestas ablata est pro arbitrio suo, & sine judice servos tradendi ad bestias; constituta etiam pœna legis Corneliæ adversus eos qui id fecissent, *l. circuncidere*, §. *post legem*, *ff. ad leg. Cornel. de sicariis*. Deinde, D. Adrianus generaliter, & omni casu vetuit servos à dominis occidi, damnaríque eos jussit per judices, si supplicio digni essent, apud Spartianum *in Adriano*. quod & postea ab Antonino Pio D. Adriani adoptivo filio, ejusdémque successore confirmatum est, *l. 1. §. 1. ff. hoc tit.* atque ita exaudiendum quod dicitur in *d. l. 1. & hoc loco*, ex constitutione D. Antonini, non minus puniri, qui servum proprium occiderit, quàm qui servum alienum; id enim primus D. Antoninus non constituit, sed D. Adrianus. Ideóque constitutionis verbum quo vtitur *d. l. 1. & hic titulus*, pro sola confirmatione accipiendum est. Et certè constat, sæpissimè in jure quæ à D. Adriano constituta sunt, Antonino Pio tribui, postquam fuit adoptatus in familiam & nomen Adriani; & vice versa, quæ ab Antonino Pio, etiam Adriano tribui. id pluribus exemplis probat Cujacius in *l. deducta*, §. *nummis centum acceptis*, *ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

* 3 QVI SINE CAVSA] Ergo, si subsit causa, possunt occidere impunè, & sine judice trucidare: Distinguendum; vel servus occisus est domino supra modum sæviente, ex causa legibus cognita, qua puniendus erat vel castigandus publicis legibus, & ex nimia castigatione defecit: Et hoc casu dominus homicidii reus non est. Et hoc sensu accipiendæ sunt leges, quibus servus à domino jure occisus dicitur, vt *l. 53. §. si heres*, *ff. de leg. 1. & l. 96. ff. de verb. oblig.* Itémque *l. sed et si 14. ff. ad leg. Aquil.* Vel servus à domino supra modum sæviente, sine causa legibus cognita occisus est; & dominus reus est homicidii.

* 4 SED ET MAIOR ASPERITAS] Hoc primus Antoninus constituit, vt etiam asperior castigatio servorum dominis auferretur. nam cùm D. Adriani constitutione sola mortis, non coërcitionis & castigationis potestas dominis ablata esset, & plerumque hac coërcitione abuti solerent domini, supra modum, & passim sævientes in servos vinculis, verberibus, carceribus, quibus ex legibus publicis crimina vindicantur, *l. levia*, *ff. de accusat.* huic castigationi frænos injecit D. Antoninus, nec voluit servos à dominis castigari, nisi ex causa legibus cognita. Temperatam igitur castigationem dedit, & qualem habent in servos Magistratus municipales, id est modicam, *l. 12. ff. de jurisdictione*, aut qualem postea descripsit Constantinus Imperator in *l. vnica*, *Cod. de emendat. servor.*

* 5 AD STATVAS PRINCIPVM] Temporibus Imperatorum invaluit, vt non templa modò, sed & statuæ eorum, & imagines, passim perfugium essent, *l. 4. qui statuas*, *ff. ad l. Iul. majestatis*. Seneca *lib. 1. de clementia*.

* 6 BONIS CONDITIONIBVS VENDERE] Bonæ conditiones sunt, quæ duris opponuntur; duræ, quibus servus venditus oneratur, *l. statuliberos 25. ff. de statuliberis*. Veluti, vt servus semper in vinculis habeatur, vt numquam manumittatur, vt revertatur in potestatem ejus qui coactus fuit eum vendere, quò in eum rursus supra modum sæviat.



De patria potestate.

CAPVT IX.

IN potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus; *Ex Vlp. l. 4. de his qui sunt.*

§. I. Nuptiæ autem[1] sive matrimonium, est viri & mulieris[2] conjunctio[3], individuam vitæ[4] consuetudinem continens. *Ex Modest. l. 1. de ritu nupt.*

IVS patriæ potestatis Caius ait proprium esse civium Roman. quod nempe Vlpian. in *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* moribus populi Rom. ait esse receptum, id est jure civili, & interpretatione prudentum ad veteres illas leges Regias & XII. tab. quæ vt Simplicius ait in Epictetum, permiserunt parentibus liberos vendere, & occidere. Ex his enim legibus, id est ratione harum legum, pleraque in hoc jure constituendo inventa, efficta, & expressa sunt, quibus hodie constat potestas patria, etiam veteribus illis legibus sublatis. Hinc trina illa venditio imaginaria, quam egregio commento prudentes illi excogitarunt, in locum veræ & non simulatæ, quæ leg. XII. tab. permissa fuit, de qua Vlp. *lib. Reg. tit.* 10. hinc exheredatio, *quoniam*, vt inquit idem Vlp. *& occidere licebat, l. in suis, ff. de liberis & postum.*

Hoc igitur jure moribus recepto, longo vsu & triturâ fori, diligentiùs constituta fuerunt jura patrumfam. & filiorumfam. qui hoc sacrosancto potestatis vinculo patribus junguntur, *l. 87. ff. adquirend. heredit.* ac multis vigiliis, multáque subtilitate à prudentibus excogitata, vt de jure testamentorum loquitur, *l. si quando* 35. *C. de inoffic. testam.* Et hoc quidem est quod Vlpian. voluit in *l. 4. ff. de his qui sunt sui vel al. jur. Nam civium Rom. quidam sunt patresfam. quidam sunt filiifam.* Quid est, quod ait, *civium Rom.* quoniam tales patresfam. vel filiifam. apud alios populos non reperiuntur, vel vt est scriptum hoc loco, *nulli sunt populi qui talem potestatem habeant qualem nos habemus*; moribus nostris nempe receptam, & ad veteres illas leges justo moderamine ita temperatam, eáve arte & prudentiâ confectam; vt nihil simile in ceteris populis reperire queas: sive modos constituendæ hujus potestatis inspicias, sive mirabiles effectus, qui jure civili ex hac parte emergunt. Adeò enim hujus vinculi sanctitate jungitur patrifam. filiusfam. vt quamvis in familia supereminеat illa patris potestas, ipso tamen patre vivente filius familiæ quodammodo particeps, & dominus censeatur; & patre mortuo sit quædam continuatio dominii; quoniam & filiusfam. sicut paterf. dicitur, vt hac solâ notâ genitor à genito distinguatur, ait idem Vlp. *d. l. in suis.* Eodémque jure si sit præteritus testamento patris filius, non patitur valere testamentum, quod tamen valeret si solutum esset hoc potestatis vinculum. Et quamvis pater possit exheredare, qui & potuit occidere, & hoc casu initio valeat testamentum: moribus tamen obtinuit posse rescindi, si non sit meritis de causis exheredatus; *l. cùm ratio, ff. de bonis damnat.*

Eodem jure patriæ potestatis facit pater filio testamentum, id est substituit pupillariter, quod & moribus nominatim dicitur esse introductum, *l. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut.* eidémque tutorem dat, nam lex XII. tab. quæ de hereditate gene-

raliter loquebatur *l. verbis legis, ff. de verb. sign.* sic accepta est moribus & interpretatione, vt jure patriæ potestatis paterfam. tutores dare possit, *l. impuberi, ff. de administrat. tut.* Eâdem quoque interpretatione inductum est, vt quidquid acquirit filius acquirat patri, longè aliâ ratione, quàm servus acquirat domino; vt acquirat nempe solâ ratione, solóque jure potestatis; servus enim, non ratione potestatis tantùm, sed & ratione possessionis, in *l. 4. ff. de acquir. possess.* adhibitâ Cujacii interpretatione *lib. 25. Obs. cap. 5.* Quæ omnia, & si quæ alia sunt quæ ad hoc jus nostrum pertinent, convincunt nullos alios populos talem potestatem habere. Talem igitur dixit, opinor, propter excellentiam, & præstantiam potestatis Rom. Sed hæc præstantia repetenda est ex variis causis, effectibus, & dotibus, quibus Iurisconsultorum Rom. solertiâ patria potestas donata est; non ex sola lege Regia, quæ permisit occidere, vel vendere. Et *talem* igitur, vel *tantam*, id est tam nobilem, & excellentem, vt apud M. Tullium sæpe, & alios auctores.

*[1] NVPTIÆ AVTEM] Nuptiæ verbum dupliciter sumitur; aliquando generaliter, prout idem sonat quod matrimonium: aliquando specialiter, & propriè, pro celebri ritu ipsius matrimonii, nimirum, vt fiat deductio mulieris in domum mariti, *l. mulierem, ff. de ritu nupt.* vt nupta tecta, & obvoluta flammeo ducatur; inde siquidem nuptiæ dictæ à nubendo, quòd pudoris gratiâ nuptæ se obnuberent; sumpto exemplo à Rebecca, quæ simul ac conspexit suum Isaac, pallio caput obnupsit, *Geneseos cap. 24. can. ne illud 30. quæst. 5.*

*[2] VIRI ET MVLIERIS] Dixit in singulari; quia plures simul vxores cuiquam habere non licet, *l. 2. Cod. de incestis nupt.* §. *affinitatis quoque, infrà tit. seq.* & plerisque aliis locis quibus polygamia damnatur.

*[3] CONIVNCTIO] In nuptiis, sive matrimonio, duplex conjunctio desideratur; vna animorum, altera corporum; illa est perfectio nuptiarum, ista supplementum tantùm. Conjunctio enim animorum, sive consensus perficit nuptias, *l. nuptias, ff. de reg* [illegible] *can.* [illegible]*trimonium, can. sufficiat, 27. quæst. 2.* Conjunctio corporum, [illegible] co[illegible]ugalis, consummat etiam contractum inter Christianos matrimon[illegible] Sententiarum auctor, *lib. 4. dist. 27.* consensus conjugum copula[illegible]i, & Ecclesiæ, quæ fit per caritatem, significat. com[illegible]xuum [illegible]at, quæ fit per naturæ conformitatem.

*[4] [illegible]VITÆ CONSVETVDINEM] Id est indivisam, tam in divinis, qu[illegible]manis rebus; vir enim, & mulier in hac conjunctione mutua, sibi invicem [illegible]div[illegible]uam vitæ societatem promittunt: nimirum cum alio non vivere, aut commisceri: dividua enim foret vitæ consuetudo, si vxor cum alio viro, aut vir cum alia muliere viveret, & commisceretur. quo nomine, matrimonium à concubinatu separatur, *l. 1. ff. de concubin.* Iure tamen civili receptum est, vt matrimonium dirimi possit, captivitate, deportatione, bona gratia, & aliis modis, qui referuntur in *Nov. 22. de nuptiis, cap. 5. 6. & 7. & seqq. vsque ad 22.* Nunc autem jure Pontificio solâ morte naturali dirimi potest; licèt separatio tori & mensæ, non vinculi, fieri possit ob adulterium. Et ratio diversitatis est; quia jure civili matrimonium est contractus, & ob id multis modis ejus dissolutio permissa est; jure Pontificio est Sacramentum, quod semel admissum numquam amittitur, *cap. 7. extra. de divortiis.*

§. II. Ius autem potestatis [5], quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos

fiunt. Quæ ait, debitorem hoc casu pleno jure dominum esse; quasi debitor, (quod notandum) qui pignus tradidit, vel specialiter obligavit, minus juris in pignore habere videatur, vt convincit *d.l.3.* Et ita, qui rem pignori traditam, vel specialiter obligatam vendit, furti tenetur creditori; quod vix obtinet si generaliter obligatam vendiderit *l. si is qui rem 66. ff. de furt.* Et major profectò vis est in hoc casu specialis, quàm generalis obligationis, vt in *l. quamvis, C. de pignorib. & hypothec.* & in aliis plerisque casibus. Sed tandem obtinuit creditoris consensu interveniente procedere manumissionem, *l. 4. §. vlt. ff. de manumiss. vindicta, l. 26. & 27. §. vlt. ff. qui & à quib. manumissi, l. 4. Cod. de servo pignori dato, l. 1. Cod. de remiss. pignor.* quia consensu creditoris, debitor deteriorem pignoris causam facere potest; vt docet Paul. *lib. 4. sent. tit. de manumiss.* Quæ regula intelligenda est de re tradita, vel specialiter obligata pignori. & hæc in debitore qui solvendo est certissima sunt. Si verò solvendo non sit, obstat manumissioni lex Ælia Sentia, *d. l. generaliter.* & in veteri fragmento, *post collat. legis Mosaicæ cum l. Rom.* quod locum habet in servo etiam generaliter obligato, quem sine consensu creditoris rectè manumittit debitor, qui solvendo est. Sed si servus sit specialiter obligatus, obstat quoque ratio juris; quia deteriorem pignoris conditionem facere non potest sine creditore. Vtroque igitur casu non procedit manumissio, nisi consentiant qui fraudantur, quive jus pignoris habent.

His cognitis, nunc ad quæstionem propositam respondeo; eum qui solvendo non est, posse servum generaliter obligatum heredem instituere cum libertate, sine creditoris consensu; hoc enim casu nominatim permittit ei lex Ælia Sentia, quæ in *d. l. generaliter* obstare dicitur manumissioni, cùm nempe simpliciter servus manumissus, nec heres institutus. Sed si sit specialiter obligatus, provisio legis Æliæ Sentiæ non facit deterius jus creditoris, cui specialiter servus obligatus est, *l. 1. C. de necessariis heredib. instit.* Quæ est specialis obligationis summa vis, cui non derogavit lex Ælia Sentia. Sed vt in superiori specie, debitoris, qui solvendo non est, consensu creditoris procedit manumissio, ex rescripto Severi & Anton. *d. l. 1. C. de remiss. pign.* Sic & hoc casu servus pignori datus necessarius heres erit, consentiente, vel dimisso creditore, *l. pignori, ff. de hered. instit.*

Summa igitur hujus tractationis hæc sit. Vel debitor solvendo est, vel solvendo non est: primo casu, generaliter obligatum rectè manumittit, specialiter obligatum sine consensu creditoris manumittere non potest. Secundo casu, sive specialiter, sive generaliter obligatus sit, necessarius est consensus creditoris; quod locum habet in danda libertate simpliciter, sine heredis institutione. At qui solvendo non est, generaliter obligatum rectè heredem instituit, & manumittit: specialiter verò obligatus, non erit liber, & necessarius heres, sine consensu creditoris.

* 3 SERVUM SUUM NECESSARIUM HEREDEM] Et hic casus est singularis, in quo adversus regulam juris invito beneficium datur à lege Ælia Sentia; ne infamiâ afficiatur dominus, qui solvendo non est. Sed quæres: si plures servi heredes instituti sunt, quid fiet? Respondeo distinguendo; vel enim omnes permixtè, & confusè scripti sunt heredes, & vt ait Caius, in circulo, *Instit. tit. 1.* adeò vt quis prior, quis posterior nominatus sit cognosci non possit; & hoc casu nullus eorum heres est, *l. qui solvendo 42 ff. de hered. instit.* quia invicem se impediunt, *l. invicem 43. ff. eod. tit.* Si verò separatim, veluti, Stichus, & Pamphilus heredes sunto, heres erit qui primo loco nominatus est, *l. qui solvendo 60. ff. eod. tit.*

§. II. Idémque juris est etsi sine libertate servus heres institutus est.

Quod noſtra Conſtitutio non ſolùm in domino, qui ſolvendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, novâ humanitatis ratione[4], vt ex ipſa ſcriptura inſtitutionis, etiam libertas ei competere videatur: quum non eſt veriſimile, eum, quem heredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſervum remanere voluiſſe, & neminem ſibi heredem fore.

4 NOVA HVMANITATIS RATIONE] Sic novâ ratione, in *l.* 4. §. *pen. ff. de condict. ob turpem cauſ. l. cùm hic ſtatus*, §. *ſi nurus*, *ff. de donat. inter vir. & vxor.* adhibitâ interpretatione Cujacii, *lib.* 25. *Obſ. cap.* 9.

§. III. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, ſolvendo non eſt: vel datis libertatibus, deſiturus eſt ſolvendo eſſe. Prævaluiſſe tamen videtur[5], niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non ſufficiant. Sæpe enim de facultatibus ſuis ampliùs, quàm in his eſt, ſperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, quum vtroque modo fraudantur creditores; id eſt, & conſilio manumittentis, & ipsâ re, eo quòd ejus bona non ſunt ſuffectura creditoribus. *Ex Caio l. 10. qui & à quibus.*

5 PRÆVALVISSE TAMEN VIDETVR] An ex auctoritate magni Iuliani, vt alia pleraque in jure? *l.* 15. *ff. quæ in fraud. creditor.* Sed hæc ſententia locum tantùm habet in directis libertatibus, non etiam in fideicommiſſariis; in iis enim eventum tantùm ſpectamus, *l.* 4. §. *ſi in fraudem. verſ. ſi quis autem, ff. de fideicommiſſ. libertatib. l. vlt. C. qui manumitt. non poſſunt.* Directæ competunt, fideicommiſſariæ præſtantur; ſed non præſtantur, niſi deducto ære alieno.

* 5 PRÆVALVISSE TAMEN VIDETVR] Vt alienatio in fraudem creditorum facta revocatur per actionem Paulianam, ſi fraudandi animus, & eventus fraudis concurrant, *l.* 10. §. *ita demum*, *ff. quæ in fraud. credit.* ita prævaluit, vt manumiſſio quoque in fraudem creditorum facta, per legem Æliam Sentiam ipſo jure reſcinderetur, ſi fraudandi animus, & eventus rei, id eſt fraus ipſa, conjunctim intervenirent. Quæ Iuliani ſententia fuit in *l.* 15. *ff. eod. tit.* quæ confirmatur *l.* 1. *C. qui manumitt. non poſſ.* Hæc tamen ſententia locum habet tantùm in directis libertatibus, non fideicommiſſariis. Nam in fideicommiſſariis ſolus fraudis eventus ſpectatur, *l. vlt. Cod qui manumitt. non poſſ.* Et ratio diverſitatis hæc eſt, quia fideicommiſſariæ non præſtantur, niſi deducto ære alieno, & poſtquam creditoribus omnibus factum eſt ſatis; directæ competunt ipſo jure, ſtatim atque adita eſt hereditas, nec infirmantur per æs alienum, niſi in fraudem creditorum à debitore, qui ſolvendo non eſt datæ fuerint. Vide Cujacium ad *d. l.* 15. *ff. quæ in fraudem creditor.*

§. IV. Eâdem lege Æliâ Sentiâ domino minori viginti annis, non aliter manumittere permittitur, quàm ſi vindictâ, apud conſilium[6] juſtâ causâ manumiſſionis probatâ, fuerint manumiſſi.

6 APVD CONSILIVM] Fuit in vrbe conſilium Prætoris, in provinciis Proconſulis, vel Præſidis, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit.* 1. fuit in civitatibus, vel municipiis conſilium Magiſtratuum municipalium, quos conſtat aliquando legis actionem

habuisse, *l. vlt. C. de vind. liber. & apud consil. manum.* De hoc consilio municipali vetus inscriptio: *Hoc opus omne facito arbitratu duumvirorum, & duumviratuum, dum non minus viginti adsient cùm ea res consuletur.* Fuit & consilium Principis, id est sacrum Consistorium, de quo in *d. l. vlt.* Apud consilium igitur manumittitur servus vindictâ, vel ab ipso domino impositâ, vt multæ leges docent, vel ab ipso lictore, aut magistratu, vt suprà docui. Magistratum enim vindictam imposuisse nominatim ait vetus interpres in illum locum Persii,

Vindictâ postquam meus à Prætore recessi.

*[6] APVD CONSILIVM] Consilium habebatur Romæ Prætore sedente, & assistentibus ei quinque Senatoribus, & quinque Equitibus Romanis. In provinciis verò coram Præside, aut Proconsule, adhibitis viginti viris, qui Peregrini Recuperatores vocabantur: apud quos justæ manumissionis causæ probabantur, seu allegabantur; quæ si probatæ fuissent à consilio, servus vindictâ manumittebatur, vt docet Vlpian. *lib. Reg. tit.* 1. *versic. eadem lex.* & Theophilus hîc.

§. V. Iustæ autem manumissionis causæ hæ sunt: veluti si quis patrem, aut matrem, filium, filiámve, aut fratrem, sorórémve naturales, aut * pædagogum, nutricem, educatorem, aut alumnum, alumnámve, aut collactaneum manumittat: aut seruum procuratoris habendi gratiâ[7], aut ancillam matrimonii causâ[8]: dum tamen intra sex menses vxor ducatur, nisi justa causa impediat: & qui manumittitur procuratoris habendi gratiâ, non minor decem & septem annis manumittatur.

L. si minor cum 3. leg. seq. ff. de manumiss. vind. *Ex Modest. l. matrimonii, qui & à quibus.*

[7] PROCVRATORIS HABENDI GRATIA] Vide Cujacium *lib.* 22. *Observ. cap.* 16.

[8] MATRIMONII CAVSA] In veteribus inscriptionibus passim: *libertæ & vxori bene merenti, conjux & patronus.* Quo sensu mulier quæ ex patrono liberos suscepit, quos & matris patronos esse constat, si fortè nuptias secundas contrahat, non potest dotem in fraudem legis Papiæ constituere, *l.* 2. *C. Th. de inofficios. dotib. & l. vnic. C. eod.* id est in fraudem portionis, quæ lege Papiâ patrono debetur à liberto, vel liberta, *infrà de success. libert. l. si libertus, ff. de jure patronat.*

§. VI. Semel autem causa probata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

§. VII. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus erat, eveniebat vt qui quatuordecim annos ætatis expleverat, licèt testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legatáque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, si is cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, vni servo dare libertatem non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res, ita & servos suos in vltima voluntate disponere quemadmodum voluerit, permittimus, vt & libertatem eis possit præstare. Sed quum libertas inæstimabilis est, & propter hoc ante

vice-

vicesimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum & decimum annum [9] impleverit, & octavum decimum annum tetigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati, & pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, vt ad libertates dandas servis suis possint pervenire?

* [9] NISI DECIMVM SEPTIMVM ANNVM] Sublata est hæc constitutio per *Novell.* 119. *cap.* 2. per quam etiam anno 14. permittitur manumittere, ex qua Novella desumpta est *Authentica, sed hodie, Cod. qui manumittere non poss.*

De lege Fusia Caninia sublata.

CAPVT VII.

LEGE Fusiâ Caniniâ certus modus[1] constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertates impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum[2], vivos quidem licentiam habere, totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem: morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

HVIVS quoque legis auctorem fuisse Augustum constar ex Suet. *d. cap.* 40. qui nempe coërcere voluit vanitatem quorumdam dominorum, vel vt Dion. Halicarn. loquitur *lib.* 4. *κυρῶντα ἢ τὴν κενὴν δοξοδοξίαν*, qui testamento totam familiam manumittere solebant, liberalitatis gloriam, & rumusculos populi, etiam post mortem aucupantes; vel vt in funeris pompa magna Pileatorum turba libertorum præcederet. qui locus omnino pertinet ad *l. vnic.* §. *sed & qui, Cod. de Lat. libert. toll. Sed & qui domini funus Pileati antecedunt*, inquit, *vel in ipso lectulo stantes cadaver ventilare videntur.* flabellis puta, vt in illo Claud. versu,

Patricius, roseis pavonum ventilat alis.

Hæc enim officia liberti, & clientes defunctis patronis præstare solebant. Varro apud Non. Marcell. *Ipsum protervi liberti semiatrati exequiantur.* D. Augustin. *de verbis Domini, in Evangelium secundùm Lucam serm.* 24. *Quæ potuerunt agmina plangentium esse servorum, & ancillarum; quæ pompa clientum, quis splendor funeris, quod pretium sepulturæ?*

* Legis Fusiæ Caniniæ, cujus latores fuerunt Fusius Camillus, & G. Caninius Consules, auctor verò & suasor ipse etiam Augustus, vt constat ex Suetonio *cap.* 40. in hoc loco, *& de numero, & conditione, & de differentia eorum, qui manumitterentur, curiosè cavit.* Duplex autem hujus legis ratio fuit; vna, vt profusior morientium voluntas coërceretur; quò enim liberaliores sunt qui moriuntur, quàm qui vivunt, eò magis coërcendi sunt, ne res suas perdant, & heredibus parum, aut nihil relinquant. Altera ratio, vt vana & stulta quorumdam ambitio coërceretur, qui totam suam familiam, id est omnes servos suos, etiam flagitiosissimos, testamento manu-

mittere solebant; vt inde post mortem laudem liberalitatis ferrent, & vt in funeris pompa magna Pileatorum libertorum turba procederet, quales se multas vidisse narrat Dion. Halicarnasseus *lib.* 4.

*[1] CERTVS MODVS] Hunc modum Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 14. sic explicat: vt à duobus vsque ad decem pars dimidia; à decem vsque ad triginta, pars tertia; à triginta vsque ad centum, pars quarta; à centum vsque ad 500, pars quinta, manumitti possent. Numquam autem plures quàm centum, licèt millenariam familiam habuisset. quod postea Iustinianus sustulit, *l. vnic. Cod. de lege Fusia Caninia toll.*

[1] QVVM SATIS FVERAT INHVMANVM] Quintil. *declamat.* 308. *Grave videri potest ipsum patrimonium, si non integram legem habet; & cùm omne jus in id nobis permittatur viventibus, auferatur morientibus.*

De iis qui sui, vel alieni juris sunt.

CAPVT VIII.

SEQVITVR de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentium, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de iis quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intellegemus quæ sui juris sunt. Ac priùs dispiciamus, de iis quæ in potestate dominorum sunt.

Hæc divisio ex 1. libro Inst. Caii, & l. 1. hoc tit.

§. I. In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas [1] juris gentium est. Nam apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necísque potestatem fuisse: & quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

SVMMAM illam vitæ necísque potestatem, quam ex jure gentium cives Rom. in servos habuerant; moribus, legibus, & constitutionibus Principum fuisse tandem moderatam, nemo est qui nesciat. Sed juris progressum non reperio explicatum. Videamus an talis sit. Primùm admissæ fuerunt à judicibus querelæ servorum de dominorum injuriis expostulantium: certis tamen ex causis, ob sævitiam, famem, & obscenitatem, vt ostendit notissimus Senecæ locus *lib.* 3. *de benefic. cap.* 22. *Atqui de injuriis dominorum in servos, qui audiat, positus est, qui & sævitiam & libidinem, & in prabendis ad victum necessariis avaritiam compescat.* Sequebatur Magistratus admonitio, quâ nempe humani officii domini admonebantur, quasi quâdam actione malæ tractationis conventi. Servo tamen occiso quocumque casu, homicidii reus non erat dominus. Primùm reperio ex lege Petronia, anno septimo imperii Neronis, inductum fuisse casum, quo pœnâ legis Corneliæ teneri cœpit dominus, qui sine judice ad bestias servum damnaverat, *l.* 11. *§.* 1. *& §. seq ff. ad l. Cornel. de sicar.* Hoc enim caput legis Petroniæ, vel ideo à Triboniano sub

hoc titulo propositum fuit, vt ostenderet hoc supplicii genere non impunè licere domino in servum animadvertere: vt quod de patre ex constitutione Principum obtinuit, in *l. 2. eod. tit.* positum fuit; vt constet, contra constitutiones patrem occidentem filium, hodie teneri lege Corneliâ. quod vno casu lex Petronia, generaliter in omnibus observandum esse constituit Adrianus, vt Spartianus scribit in ejus vita, *Servos à dominis*, inquit, *occidi vetuit, eósque jussit damnari per judices.* Sed hæc Adriani constitutio cum d. capite legis Petroniæ sic est accipienda, vt teneatur dominus, qui vltimo supplicio vult in servum animadvertere, eum simpliciter offerre judici, non institutâ solemni accusatione adversus servum; sed vt hodie fit per modum querelæ, & inde vulgò, *la plainte.* Eleganter Modestinus in *d. l. 11. Oblato tamen judici servo, si justa sit querela domini; sic pœna tradetur.*

Ex hac igitur constitutione Adriani sublata fuit omnis potestas mortis, non tamen fuit sublata coërcitionis, & castigationis potestas. Sed quia plerumque abuti solebant hac coërcitione, & supra modum passim & indistinctè sævire in servos, vinculis, verberibus, fustibus, flagellis, quibus ex legibus publicis levia crimina vindicantur, *l. levia, ff. de accusat.* huic castigationi frænos injecit Antoninus Pius Adriani filius adoptivus & successor, qui perfecit quod pater cœperat. Ex constitutione Adriani non licet occidere, ex constitutione Antonini nec supra modum castigare, nisi fortè ex causa legibus cognita. Temperatam ergo castigationem dedit, qualem habent in servos magistratus municipales *l. 12. ff. de jurisdict.*. Ex hac igitur constitutione Antonini sic distinguimus: vel servus occisus est à domino supra modum sæviente, coërcente, & castigante ex causa legibus cognita, id est ex causa, qua puniendus, & castigandus est, etiam ex publicis legibus: & homicidii reus non est; quoniam noluit occidere, sed castigare; & ex nimia castigatione defecit, quod sæpe solet contingere, *l. aut damnum, §. nec ea, ff. de pœnis.* Et in sententia Pauli, apud *pariatorem leg. Mosaicæ cum lege Rom. init. tit. 3.* quæ omnino confirmat hanc meam interpretationem. Et de hoc casu accipiendæ sunt leges, in quibus servus dicitur à domino jure occisus, *l. 53. §. si heres, ff. de leg. 1. l. 96. ff. de verb. obl.* Vel servus occisus est à domino sine causa supra modum sæviente; & tunc homicidii reus est, quoniam dolo malo fecit, vt Paul. loquitur d. loco. & hæc est aperta sententia constitut. Adriani & Antonini, quas sine dubio Caius conjunxerat hoc ipso loco *lib. i. Institut.* vt ex ruderibus Aniani Gotici Iurisconsulti, qui Institutiones Caii interpolavit, colligere licet *tit. 6.* his enim verbis, *sed distringendi in servos*, narratur constitutio Antonini juxta interpretationem meam; illis verò verbis, *nam si servus dignum morte crimen admiserit*, narratur constitutio Adriani quæ præcesserat.

Ex his apparet errare Theophilum, & Accursium, ad illa verba *sine causa*, adnotantes duos casus, quorum vno, etiam alienum servum occidere licet; secundo verò, etiam liberum hominem, *vulg. l. 3. ff. de justit. & jure.* Valde igitur imminuta fuit dominorum potestas his duabus constitutionibus. sed ad hanc Antonini constitutionem subtilius fuit quæsitum de dolo malo domini: id est quando videretur occisus servus ab eo, qui occidere nolebat, sed castigare; & quando occisus consulto consilio. qua in re, vt primus Azo notavit, ex jure Iudaïco habita fuit ratio dierum intra quos servus decesserat, quod jus abrogavit Imper. Constantinus, *l. 1. & 2. C. Th. de emend. servor. & l. vnica, C. eod. tit.* constituens, id æstimandum esse ex genere teli quo animadvertit dominus; vt si fortè servum loris, virgis, vel vinculis, afflixerit, ex justa causa puta, quod semper repetendum est ex constitutione

Antonini, non sit homicidii reus: aliud verò obtineat, si telo aut alio modo, consulto consilio, manu, aut jussu domini occisus sit. Et denique, an voluntate occidendi, vel mente castigandi occisus sit, tractare, & quærere licebit, ait *l. 2. C. Theod. eodem tit.*

Concludamus igitur, domino licere servum castigare, vel coërcere, non occidere, sine magistratus auctoritate; apud quem regulariter non existimo necessariam esse solemnem accusationem, sed sufficere querelam, vt cœpi dicere. Excipiendus est casus rescripti D. Marci, de quo in *l. servus, ff. de accusation.* quæ pertinet ad l. Iuliam de adulteriis. Finge: servus quidam reus erat adulterii, debet hoc casu dominus servum offerre judici, ex constitutione Adriani; sed vult accusare institutâ solemni accusatione secundùm juris ordinem, quod vix admitti potest, vt judicio publico vel privato dominus agat adversus servum: Consultus fuit hac de re D. Marcus per libellum, & rescripsit posse dominum accusare servum; fortè quia eodem casu obtinebat, filium à patre esse accusandum, *l. 2. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Nam in ceteris casibus, *l. 3. C. de patria potest.* ait simpliciter, debere patres offerre filios judicibus, id est agere per modum querelæ. Et hæc est manifesta distinctio variarum constitutionum de moderanda potestate dominica, quas plerique confundere solent. Rescriptum ejusdem Antonini, de servis bonis conditionibus vendendis, fideliter exposuit D. Cujac. *in notis posteriorib. & in responsis Papin. ad l. actioni, ff. de ædilit. edicto.*

[1] QVÆ QVIDEM POTESTAS] De quo tamen dubitari possit, cùm ratio naturalis, quæ jus gentium constituit, *tit. de jure nat. gent. & civili, suprà,* tantam severitatem pati non posse videatur. Verùm cùm hostem captum jure liceat interficere, quò injuriæ priùs à se commissæ justas pœnas luat; quid mirum si potestas vitæ & necis à jure gentium esse dicatur?

§. II. Sed hoc tempore[2] nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa[3] legibus cognita, in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minùs puniri jubetur, quàm qui alienum servum occiderit. Sed & major asperitas[4] dominorum, ejusdem Principis constitutione coërcetur. Nam consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de iis servis, qui ad ædem sacram, vel ad statuas Principum[5] confugiunt: præcepit vt si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus[6] vendere, vt pretium dominis daretur. & rectè. expedit enim Reipublicæ ne suâ re quis malè vtatur. Cujus rescripti ad Ælium Marcianum emissi, verba sunt hæc: Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui justè deprecantur. Ideóque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt. Et si vel duriùs habitos quàm æquum est, vel infami injuriâ affectos cognoveris, venire jube, ita vt in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severiùs exequuturum.

*[3] SED HOC TEMPORE] Summa illa potestas vitæ & necis, quam jure gentium cives Romani in servos habuerunt, legibus tandem & constitutionibus Principum sensim imminuta, & mitigata fuit. Imprimis enim, lege Petroniâ, & Senatusconsultis ad eam factis, dominis potestas ablata est pro arbitrio suo, & sine judice servos tradendi ad bestias; constituta etiam pœna legis Corneliæ adversus eos qui id fecissent, *l. circuncidere, §. post legem, ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Deinde, D. Adrianus generaliter, & omni casu vetuit servos à dominis occidi, damnarique eos jussit per judices, si supplicio digni essent, apud Spartianum *in Adriano.* quod & postea ab Antonino Pio D. Adriani adoptivo filio, ejusdémque successore confirmatum est, *l. 1. §. 1. ff. hoc tit.* atque ita exaudiendum quod dicitur in *d. l. 1. & hoc loco*, ex constitutione D. Antonini, non minùs puniri, qui servum proprium occiderit, quàm qui servum alienum; id enim primus D. Antoninus non constituit, sed D. Adrianus. Ideóque constitutionis verbum quo vtitur *d. l. 1. & hic titulus*, pro sola confirmatione accipiendum est. Et certè constat, sæpissimè in jure quæ à D. Adriano constituta sunt, Antonino Pio tribui, postquam fuit adoptatus in familiam & nomen Adriani; & vice versâ, quæ ab Antonino Pio, etiam Adriano tribui. id pluribus exemplis probat Cujacius in *l. deducta, §. nummis centum acceptis, ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

*[3] QVI SINE CAVSA] Ergo, si subsit causa, possunt occidere impunè, & sine judice trucidare: Distinguendum; vel servus occisus est domino supra modum sæviente, ex causa legibus cognita, qua puniendus erat vel castigandus publicis legibus, & ex nimia castigatione defecit: Et hoc casu dominus homicidii reus non est. Et hoc sensu accipiendæ sunt leges, quibus servus à domino jure occisus dicitur, vt *l. 53. §. si heres, ff. de leg. 1. & l. 96. ff. de verb. oblig.* Itémque *l. sed etsi 14. ff. ad leg. Aquil.* Vel servus à domino supra modum sæviente, sine causa legibus cognita occisus est; & dominus reus est homicidii.

*[4] SED ET MAIOR ASPERITAS] Hoc primus Antoninus constituit, vt etiam asperior castigatio servorum dominis auferretur. nam cùm D. Adriani constitutione sola mortis, non coërcitionis & castigationis potestas dominis ablata esset, & plerumque hac coërcitione abuti solerent domini, supra modum, & passim sævientes in servos vinculis, verberibus, carceribus, quibus ex legibus publicis crimina vindicantur, *l. levia, ff. de accusat.* huic castigationi frænos injecit D. Antoninus, nec voluit servos à dominis castigari, nisi ex causa legibus cognita. Temperatam igitur castigationem dedit, & qualem habent in servos Magistratus municipales, id est modicam, *l. 12. ff. de jurisdictione*, aut qualem postea descripsit Constantinus Imperator in *l. vnica, Cod. de emendat. servor.*

*[5] AD STATVAS PRINCIPVM] Temporibus Imperatorum invaluit, vt non templa modò, sed & statuæ eorum, & imagines, passim perfugium essent, *l. 4. qui statuas, ff. ad l. Iul. majestatis.* Seneca *lib. 1. de clementia.*

*[6] BONIS CONDITIONIBVS VENDERE] Bonæ conditiones sunt, quæ duris opponuntur; duræ, quibus servus venditus oneratur, *l. statuliberos 25. ff. de statuliberis.* Veluti, vt servus semper in vinculis habeatur, vt numquam manumittatur, vt revertatur in potestatem ejus qui coactus fuit eum vendere, quò in eum rursus supra modum sæviat.



De patria potestate.

CAPVT IX.

IN potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus. *Ex Vlp. l. 4. de his qui sunt.*

§. I. Nuptiæ autem [1] sive matrimonium, est viri & mulieris [2] conjunctio [3], individuam vitæ [4] consuetudinem continens. *Ex Modest. l. 1. de ritu nupt.*

IVS patriæ potestatis Caius ait proprium esse civium Roman. quod nempe Vlpian. in *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* moribus populi Rom. ait esse receptum, id est jure civili, & interpretatione prudentum ad veteres illas leges Regias & XII. tab. quæ vt Simplicius ait in Epictetum, permiserunt parentibus liberos vendere, & occidere. Ex his enim legibus, id est ratione harum legum, pleraque in hoc jure constituendo inventa, efficta, & expressa sunt, quibus hodie constat potestas patria, etiam veteribus illis legibus sublatis. Hinc trina illa venditio imaginaria, quam egregio commento prudentes illi excogitarunt, in locum veræ & non simulatæ, quæ leg. XII. tab. permissa fuit, de qua Vlp. *lib. Reg. tit.* 10. hinc exheredatio, *quoniam*, vt inquit idem Vlp. *& occidere licebat, l. in suis, ff. de liberis & postum.*

Hoc igitur jure moribus recepto, longo vsu & triturâ fori, diligentiùs constituta fuerunt jura patrumfam. & filiorumfam. qui hoc sacrosancto potestatis vinculo patribus junguntur, *l. 87. ff. ad quirend. heredit.* ac multis vigiliis, multâque subtilitate à prudentibus excogitata, vt de jure testamentorum loquitur, *l. si quando* 35. *C. de inoffic. testam.* Et hoc quidem est quod Vlpian. voluit in *l. 4. ff. de his qui sunt sui vel al. jur. Nam civium Rom. quidam sunt patresfam. quidam sunt filiifam.* Quid est, quod ait, *civium Rom.* quoniam tales patresfam. vel filiifam. apud alios populos non reperiuntur, vel vt est scriptum hoc loco, *nulli sunt populi qui talem potestatem habeant qualem nos habemus*; moribus nostris nempe receptam, & ad veteres illas leges justo moderamine ita temperatam, eâve arte & prudentiâ confectam; vt nihil simile in ceteris populis reperire queas: sive modos constituendæ hujus potestatis inspicias, sive mirabiles effectus, qui jure civili ex hac parte emergunt. Adeò enim hujus vinculi sanctitate jungitur patrifam. filiusfam. vt quamvis in familia superemineat illa patris potestas, ipso tamen patre vivente filius familiæ quodammodo particeps, & dominus censeatur; & patre mortuo fit quædam continuatio dominii; quoniam & filiusfam. sicut paterf. dicitur, vt hac solâ notâ genitor à genito distinguatur, ait idem Vlp. *d. l. in suis.* Eodémque jure si sit præteritus testamento patris filius, non patitur valere testamentum, quod tamen valeret si solutum esset hoc potestatis vinculum. Et quamvis pater possit exheredare, qui & potuit occidere, & hoc casu initio valeat testamentum: moribus tamen obtinuit posse rescindi, si non sit meritis de causis exheredatus, *l. cùm ratio, ff. de bonis damnat.*

Eodem jure patriæ potestatis facit pater filio testamentum, id est substituit pupillariter, quod & moribus nominatim dicitur esse introductum, *l. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut.* eidémque tutorem dat, tam lex XII. tab. quæ de hereditate gene-

raliter loquebatur *l. verbis legis, ff. de verb. sign.* sic accepta est moribus & interpretatione, vt jure patriæ potestatis paterfam. tutores dare possit, *l. impuberi, ff. de administrat. tut.* Eàdem quoque interpretatione inductum est, vt quidquid acquirit filius acquirat patri, longè aliâ ratione, quàm servus acquirat domino; vt acquirat nempe solâ ratione, solóque jure potestatis; servus enim, non ratione potestatis tantùm, sed & ratione possessionis, in *l. 4. ff. de acquir. possess.* adhibitâ Cujacii interpretatione *lib. 25. Obs. cap. 5.* Quæ omnia, & si quæ alia sunt quæ ad hoc jus nostrum pertinent, convincunt nullos alios populos talem potestatem habere. Talem igitur dixit, opinor, propter excellentiam, & præstantiam potestatis Rom. Sed hæc præstantia repetenda est ex variis causis, effectibus, & dotibus, quibus Iurisconsultorum Rom. solertiâ patria potestas donata est; non ex sola lege Regia, quæ permisit occidere, vel vendere. Et *talem* igitur, vel *tantam*, id est tam nobilem, & excellentem, vt apud M. Tullium sæpe, & alios auctores.

*[1] NVPTIÆ AVTEM] Nuptiæ verbum dupliciter sumitur; aliquando generaliter, prout idem sonat quod matrimonium: aliquando specialiter, & propriè, pro celebri ritu ipsius matrimonii, nimirum, vt fiat deductio mulieris in domum mariti, *l. mulierem, ff. de ritu nupt.* vt nupta tecta, & obvoluta flammeo ducatur; inde siquidem nuptiæ dictæ à nubendo, quòd pudoris gratiâ nuptæ se obnuberent; sumpto exemplo à Rebecca, quæ simul ac conspexit suum Isaac, pallio caput obnupsit, *Geneseos cap. 24. can. ne illud 30. quæst. 5.*

*[2] VIRI ET MVLIERIS] Dixit in singulari; quia plures simul vxores cuiquam habere non licet, *l. 2. Cod. de incestis nupt.* §. *affinitatis quoque, infrà tit. seq.* & plerisque aliis locis quibus polygamia damnatur.

*[3] CONIVNCTIO] In nuptiis, sive matrimonio, duplex conjunctio desideratur; vna animorum, altera corporum; illa est perfectio nuptiarum, ista supplementum tantùm. Conjunctio enim animorum, sive consensus perficit nuptias, *l. nuptias, ff. de reg. jur. can. matrimonium, can. sufficiat, 27. quæst. 2.* Conjunctio corporum, sive complexus conjugalis, consummat etiam contractum inter Christianos matrimonium. nam vt ait Sententiarum auctor, *lib. 4. dist. 27.* consensus conjugum copulam spiritalem Christi, & Ecclesiæ, quæ fit per caritatem, significat. commistio verò sexuum illam significat, quæ fit per naturæ conformitatem.

*[4] INDIVIDVAM VITÆ CONSVETVDINEM] Id est indivisam, tam in divinis, quàm humanis rebus; vir enim, & mulier in hac conjunctione mutua, sibi invicem individuam vitæ societatem promittunt: nimirum cum alio non vivere, aut commisceri: dividua enim foret vitæ consuetudo, si vxor cum alio viro, aut vir cum alia muliere viveret, & commisceretur. quo nomine, matrimonium à concubinatu separatur, *l. 1. ff. de concubin.* Iure tamen civili receptum est, vt matrimonium dirimi possit, captivitate, deportatione, bona gratia, & aliis modis, qui referuntur in *Nov. 22. de nuptiis, cap. 5. 6. & 7. & seqq. vsque ad 22.* Nunc autem jure Pontificio solâ morte naturali dirimi potest; licèt separatio tori & mensæ, non vinculi, fieri possit ob adulterium. Et ratio diversitatis est; quia jure civili matrimonium est contractus, & ob id multis modis ejus dissolutio permissa est; jure Pontificio est Sacramentum, quod semel admissum numquam amittitur, *cap. 7. extra. de divortiis.*

§. II. Ius autem potestatis [5], quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos

habeant potestatem, qualem nos habemus.

[5] IVS AUTEM POTESTATIS] Hoc de potestate vitæ & necis accipiendum non est, quippe quæ juris gentium sit, & non propria civium Rom. Vt enim parere parentibus juris gentium est, *l. 2. ff. de justit. & jure*, ita & imperare filiis, & in eos animadvertere, vt inductione multarum gentium confirmari potest. Sed accipiendum est de temperata illa, & humana potestate patria, quæ moribus recepta est *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel alieni jur.* Id est interpretatione prudentum ad veteres illas leges Regias, & XII. tab. quibus jus vitæ & necis parentibus in liberos datum est, argumento *l. in suis, in fine, ff. de liberis & postum.* Hoc enim jus vitæ ac necis, vtpote durum nimis & inhumanum; moribus & triturâ fori pedetentim ademptum est; atque ita civium Romanorum potestas propria facta est. Cùm enim juri gentium aliquid additur, vel detrahitur, jus proprium, id est civile efficitur, *l. jus civile, ff. de justitia & jure.* Ademptum autem jus vitæ & necis, probat *l. 1. §. vlt. ff. de liber. exhib. & l. divus, ff. de lege Pomp. de parricid.*

§. III. Qui igitur ex te & vxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & vxore ejus nascitur, id est nepos tuus & neptis, æquè in tua sunt potestate [6], & pronepos & proneptis, & deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus.

[6] ÆQVE IN TVA SVNT POTESTATE] Sed non tanta; quoniam nec veteri jure avus potuit nepotem occidere, *l. 1. ff. ad l. Pompei. de parricid.* Seneca pater in declamat. quadam, *avo suos servare licet, patri etiam occidere.* nec enim est tam arcto vinculo conjunctus avo, quàm patri, à quo distat duobus gradibus; & ideo vel vnâ emancipatione liberatur à potestate avi, quod & in filia obtinuit quæ solet transire in alienam familiam, *l. 8. ff. de injust. rupto irrit.* Et apud Vlp. *tit.* 10. idem nepos quamvis suus, patre de medio sublato; si sit præteritus, testamentum avi non turbat jure veteri, quod obtinuit ante *l. maximum vitium, C. de liber. præterit.* Hoc enim nobis vindicare liceat ex Vlp. *lib. sing. reg. tit.* 22. §. *ex suis*, & ex Scævola in *l. Gallus, §. in omnibus, ff. de liberis & postum.* Et hæc quoque quis non videt in patria potestate constituenda, moribus esse recepta; & hæc verba, *talem potestatem*, non esse accipienda de vitæ necísque potestate: nisi dicas Tribunianum magnum esse impostorem, qui initio hujus libelli promittit studiosæ juventuti definitiones certas ex jure, quod in ipsis rerum obtinet argumentis; & tamen ait hoc loco cives Rom. habere vitæ, necísque potestatem; quod multis antè sæculis sublatum esse non ignorabat, vel Vlpiano id nominatim testificante in *d. lege, in suis*, secundùm receptam lectionem; vel ipso Tribuniano id nominatim Vlpiano adscribente, vt quidam levissimâ conjecturâ ducti asseverant; vel saltem Constantino in *l. vlt. C. de patria potest.* nominatim admonente, vitæ necísque potestatem olim cives Romanos habuisse.



De

De Nuptiis.

CAPVT X.

IVSTAS autem nuptias inter se cives Romani [1] contrahunt, qui secundùm præcepta legum coëunt: masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias: dum tamen [2] si filiifamilias sint consensum habeant parentium [3], quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis [4] ratio suadet: in tantum vt jussum parentis [5] præcedere debeat. Vnde quæsitum est [6], an furiosi filius vxorem ducere possit? cúmque super filio variabatur: nostra processit decisio, quâ permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundùm datum ex nostra constitutione modum.

* TRIBVS modis olim nuptiæ contrahebantur, vsu, farre & coëmptione; apud Arnobium *lib.* 4. & Boëtium *in Topica Ciceronis. Vsu*, cùm mulier apud aliquem per integrum annum matrimonii causâ, licèt sine legibus, manserat. Ea enim, vt ceteræ res mobiles, anno vsucapiebatur, nisi trinoctium vsurpatum iisset; id est nisi per tres noctes, eo anno, à marito abfuisset, interrumpendæ vsucapionis animo; trinoctio enim vsurpabatur, id est interrumpebatur vsucapio ex *leg.* XII. *tab. Gellius lib.* 3. *cap.* 2. Et quæ ita nubebat, vxor tantùm dicebatur, non materfamilias, vt notat idem Gellius *lib.* 18. *cap.* 6. *Farre*, sive *confarreatione*, cùm mulier conveniebat in manum viri certis verbis, & decem testibus præsentibus, & solemni sacrificio facto, in quo panis farreus adhibebatur, teste Vlpiano in *Fragm. tit.* 9. & hujusmodi nuptias proprias tantùm fuisse Pontificum, & Flaminum, docet Boëtius *loco citato. Coëmptione*, cùm vir, & mulier se invicem emebant, & coëmendo solemniter interrogabant; vir mulierem ita, *an sibi materfamilias esse vellet.* Item mulier virum, *an sibi paterfam. esse vellet.* Ille respondebat, item illa, *velle*, apud Boëtium loco citato, & Servium in illud Virgilii *lib.* I. *Georgicon.*

Téque sibi generum Thetis emat omnibus vndis.

Fiebátque hæc coëmptio per conventionem in manum, vt & confarreatio; & quæ ita nubebat, farre, scilicet, & coëmptione, in filiæ locum vxor, & maritus in patris veniebat. Adeò vt sibi invicem jure legitimo succederent, vxor marito tamquam sua heres, teste Vlpiano in *Fragm. tit.* 22. §. *sui heredes:* maritus vxori, tamquam legitimus, non tamquam suus heres; quia nulla femina suum heredem habere potest, *l. nulla, ff. de suis & legit.* Sed hi tres veteres habendæ vxoris modi, scilicet, vsus, confarreatio, & coëmptio, & consequenter omnis conventio in manum, jam temporibus Iustiniani exoleverant. Ideóque in toto tractatu hujus tituli, nulla nec vxorum divisio fit, nec matrisfamilias mentio, sed tantùm vxoris. Et Tribunianus ipse respiciens ad hanc conventionis in manum desuetudinem, in *l. vxorem, ff. de ritu nupt. & l. ex ea parte*, §. I. *de verb. oblig.* scribit, *in matrimonium convenire*, pro eo quod antea scriptum fuerat à Papiniano, *in manum convenire.*

[1] CIVES ROMANI] Seneca *lib.* 4. *de benefic. Promisi tibi filiam in matrimo-*

nium, postea peregrinus apparuisti, non est mihi cum externo connubium, eadem res me defendit, quæ vetat. Iustas autem nuptias, vel matrimonia contrahunt cives Rom. inter quos connubium est; cum peregrinis est simplex matrimonium, non connubium, vt docet Fragment. Papiniani à Cujacio adnotatum. Matrimonium jure gentium est, non jure civili: cum servis est neque connubium, neque matrimonium: inter cives Rom. est commune forum in quo litigant, commune commercium, commune connubium. quæ omnia eleganter complectitur Prud. his verbis *lib. 2. adversus Symmach.*

> *Conveniunt nunc per vadimonia ad vnum,*
> *Et commune forum, nunc per commercia & artes*
> *Ad cœtum celebrem, nunc per genialia fulcra*
> *Externi ad jus connubii.*

Sed jus commercii aliquando datum fuit Latinis, & peregrinis, vt docet Vlp. *lib. Reg. tit. 19. §. mancipatio.* Imò & jus connubii, vt idem Vlp. docet *eod. lib. tit. 5. §. connubium.*

* [1] CIVES ROMANI] Quemadmodum olim connubium erat dumtaxar civium Romanorum, non peregrinorum, aut Latinorum, nisi hoc eis concessum fuisset, teste Vlpiano in *Fragm. tit. 5.* ita & temporibus Iustiniani hominum liberorum dumtaxat erat, qui essent sub ditione Romanorum. Itaque, sicut olim Romanus peregrinam, aut Latinam ducere non potuit; ita & temporibus Iustiniani, liber homo sub ditione Romanorum constitutus, barbaram, id est eam quæ non esset sub ditione Romanorum, ducere non potuit. Et hoc est quod hîc ait Iustinianus, inter solos cives Romanos justas, id est legitimas, nuptias contrahi: cives namque hoc loco intelligere oportet liberos homines omnes, qui sunt sub imperio Rom. Isti enim omnes cives Romani effecti sunt, constitutione Antonini, *l. in orbe, ff. de statu hom.*

* [2] DVM TAMEN SI FILIIFAM. SINT] Filii, aut sunt filiifamilias, & in potestate; aut sui juris, & emancipati. Filiifamilias injussu ejus in cujus potestate sunt, legitimas nuptias contrahere non possunt, *l. 2. ff. de ritu nupt.* & si contraxerint, injustæ sunt nuptiæ, injusti liberi, injusta vxor, *l. Paulus, ff. de statu hom.* Nec obstat, quòd injussu parentum contractæ nuptiæ dicantur non dissolvi, apud Paulum *lib. 2. Sent. tit. 9.* Id enim contemplatio publicæ vtilitatis, id est nuptiarum, extorsit; quamvis & quæ ita nupsit injusta vxor sit, ex mente & interpretatione Cujacii *lib. 3. Obs. cap. 5.* Nec item obstat *can. sufficiat 27. quæst. 2.* vbi nominatim dicitur sufficere consensus eorum de quorum conjunctione agitur. Nam canon ille non excludit consensum parentum, sed concubitum dumtaxat. Consultus enim Nicolaus Pontifex auctor illius canonis, à Bulgaris; an matrimonium in sola animorum conjunctione consisteret; an præterea necessaria esset conjunctio corporum; Respondit, sufficere consensum eorum, non autem necessariam esse corporum conjunctionem, de qua non agebatur totâ eâ quæstione. Emancipati verò, injussu parentum nuptias jure contrahunt, *l. filius 25. ff. de ritu nupt.* Mares quidem indistinctè, sive ante, sive post vigesimum quintum annum; feminæ non nisi post vigesimum quintum annum: minores enim 25. annis, patris si vivus est, sin mortuus, matris & propinquorum consensum expectare debent, propter sexus imbecillitatem. quod primum obtinuisse videtur in puellis adhuc in potestate tutorum constitutis, *l. 1. Cod. de nuptiis,* tum in viduis, *l. vidua, Cod. eod.* denique in virginibus puberibus emancipatis, *l. in conjunctione, Cod. eod. tit.*

* [3] CONSENSVM HABEANT] Consensum intelligere debemus sive expressum, sive tacitum; satis namque est parentes non nolle, & non contradicere,

cùm sciunt nuptias tractari, *l. si vt proponis, Cod. de nuptiis, l. in sponsalibus, ff. de sponsalibus.*

[4] CIVILIS RATIO] Præter civilem rationem potestatis patriæ, adde & aliam quæ pendet ex eadem, & propriè pertinet ad filios, non ad filias; ne patri invito suus heres agnascatur: qua ratione vxorem ducente nepote, constat necessarium esse consensum patris, nec avi sufficere in cujus est potestate, quamvis hodie aliud in nepte obtineat, *l. oratione, §. 1. ff. de ritu nupt.* Et notandum filios conceptos, & natos post mortem patris, quo ignorante, vel dissentiente nuptiæ contractæ sunt, nasci legitimos, *l. Paulus, ff de statu hom.* quam in hanc rem esse singularem Cujac. ait. licet enim ex d. l. colligere, mortem parentis facere justum matrimonium, saltem ratione filiorum post mortem conceptorum, & natorum; nam nec matrimonia contemplatione publicæ vtilitatis dissolvuntur, ait idem Paul. *lib. 2. Sent. tit. de nupt.*

*[4] ET CIVILIS, ET NATVRALIS RATIO] Civilis ratio duplex, vna patriæ potestatis, altera ne patri invito suus heres agnascatur, quæ propriè locum habet in filiis, non in filiabus: quâ ratione nepote vxorem ducente, constat necessarium esse consensum patris, nec avi sufficere; quamvis aliud obtineat in nepte, *l. oratione, §. nepote, ff. de ritu nupt.* Naturalis autem ratio est pietatis, honoris, & reverentiæ debitæ parentibus, *l. 2. ff. de just. & jure*, quæ licèt magni momenti sit, jure tamen civili insufficiens est, vt videre est in emancipatis, qui licèt huic naturali rationi obnoxii sint, jure tamen civili injussu parentum nuptias rectè contrahunt. Ideóque in contrahendis nuptiis juris civilis auctores civilem rationem, vt sufficientem, & prorsus necessariam sequuntur; naturalem verò, vt honestati semper convenientem, ceteræ gentes. hinc tot omnis generis auctorum loci, qui injussu parentum contractas nuptias, inhonestas esse comprobant.

*[5] IN TANTVM VT IVSSVM PATRIS PRÆCEDERE DEBEAT] Vt scilicet ab initio justæ sint nuptiæ; si enim jam contractis nuptiis patris consensus, & ratihabitio accedat, ex eo tantùm tempore justæ nuptiæ esse intelliguntur, quo pater consensit, & ratas habuit nuptias, *l. si vxor, §. si quis vxorem, ff. ad l. Iul. de adulter.* Quod tamen à veteris juris subtilitate alienum esse quis dixerit rectè; cùm ab ipso Iustiniano postea definitum sit, omnem confirmationem per ratihabitionem retrotrahi, sublatâ subtili differentiâ veterum, inter ea quæ sunt juris, & ea quæ sunt facti, *l. donationes 25. Cod. de donationib. inter vir. & vx.* Ideóque post novam hanc constitutionem Iustiniani, nihil interesse videtur, pater contrahendis, an jam contractis nuptiis consentiat; cùm ratihabitio omnis retrotrahatur.

[6] VNDE QVÆSITVM EST] Et ratione patriæ potestatis, quæ generaliter locum habet; & ratione juris civilis, quod propriè in filio locum habet; ne patri invito suus heres agnascatur. quod & eâdem ratione fuit quæsitum in filio captivi, *l. in bello, §. medio, ff. de capt. & postlim.* sed in filio captivi ex veteri quadam lege, cujus vestigia deprehendimus in *l. 9. §. vlt. ff. de rit. nupt.* post triennium obtinuit legitimas esse nuptias: sed & ante triennium posse filium vel filiam captivi rectè nubere, si sequantur conditionem quam pater non sit repudiaturus. Respondet Iulian. in *l. 11. ff. eod. tit.* vt tandem receptum videatur non habendam esse rationem triennii, sed si vota vrgeant, valere nuptias. Et de hoc jure quod tandem obtinuit, accipienda est *d. l. in bello, §. medio*; est enim sumpta ex lib. disputationum Triphonini, quibus ea continentur quæ post varias altercationes prudentum, vsu, & triturâ fori tandem recepta sunt; quod & Cujac. docuit. Faciliùs quidem hoc fuit permissum filiæ

furiosi; quia ex filia suus heres non agnascitur. filio non esse hoc permittendum quidam Iurisconsulti contendebant; quamvis D. Marci edicto id permissum fuisset filio, & filiæ dementis, vel mente capti. & vtebantur, opinor, elegantissimâ illâ ratione juris: furiosus enim, qui consentire non potest, invitus censetur, *d. l. in eo*, §. *deinde*, *ff. de ritu nupt.* nec volebant edictum D. Marci trahere ad furiosum, quod tamen Iustinianus traxit in *l. si furiosi*, *C. de nuptiis*.

*[6] VNDE QVÆSITVM] Quærendi causa duplex. Prima, quòd furiosus liberos habeat in potestate, *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel alien. juris*. Secunda, quòd consentire non possit; furor enim consensum impedit. Et filiæ quidem furiosi nubere facilè permissum fuit; quia qui nascitur ex filia non est in potestate filiæ, nec ei suus heres agnascitur; cùm patris sui, aut avi paterni familiam sequatur, *l. pen. ff. de liber. agnosc.* De filio autem furiosi, disputatum & controversum est inter Iurisconsultos; propterea quòd, qui nascitur ex filio, in potestate patris filii est, aut avi, §. *vlt. suprà de patria pot.* eique invito suus heres futurus est mortuo filio, §. *ita demum*, *infrà*, *de heredit. quæ ab intest. defer.* at grave nimis ac durum, alicui invito agnasci suum heredem, §. *sed si quis nepotis*, *infrà*, *de adoption.* Ideóque filio furiosi vxorem ducere non esse permittendum, quidam Iurisconsulti contendebant; ne, scilicet, invito suus heres agnasceretur. invitus enim dicitur etiam is qui consentire non potest, vt furiosus, *l. in eo*, §. *deinde*, *ff. de ritu nupt.* vt captivus, *l. in bello*, §. *medio tempore*, *ff. de capt. & postlim.*

§. I. Ergo non omnes[7] nobis vxores ducere licet. Nam quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas quæ parentium liberorúmve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & vsque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coïerint; nefarias atque incestas[8] nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeò ita sunt, vt quamvis per adoptionem, parentium liberorúmve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, vt etiam dissolutâ adoptione[9], idem juris maneat. Itaque eam quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris vxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

*[7] ERGO NON OMNES] Præter ætatem legitimam, & parentum consensum, desideratur adhuc in justis nuptiis, vt naturalis pudor, & honestas patiatur conjunctionem; nec enim conjunctionem omnem patitur; non fratrum tam civilium, quàm naturalium; non affinium, de quibus hîc ordine tractatur.

[8] NEFARIAS ATQVE INCESTAS] Varia sunt jura, quæ pertinent ad justas nuptias; quoddam enim jus nuptiarum moribus esse receptum dicitur, quoddam legibus, vt Iuliâ & Papiâ, *l. in eo jure*, *ff. de ritu nupt.* quoddam orationibus, constitutionibus Principum, & senatusconsultis, *l. oratione*, *l. 65. ff. eod. tit.* Hoc jus quod ex constitutionibus, legibus, senatusconsultis, mandatis descendit, jus scriptum est, & præcepta merè civilia habet; illud verò jus, quod ex moribus descendit, est non scriptum, *vulg. l. de quibus*, *ff. de legib.* & est compositum ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus. vt in hac parte juris de nuptiis, jus quod moribus receptum est, pertinet ad incestas nuptias, *l. sororis*, §. 1. *ff. hoc tit.* Hoc enim jure, ex jure naturali, & gentium definitum fuit; quibus gradibus, & inter quas personas

incestum committatur. nam & habita fuit ratio servilium cognationum ex jure naturali, *l. adoptivus*, *§. 2. eod. tit.* ubi jus naturale non est jus gentium; sed jus illud, quo omnes homines æquales sunt, quo servi liberorum hominum jure, censentur, *l. quod attinet*, *ff. de reg. jur.* ut rectè D. Cujac. exposuit ad *d. §. 1. in recitat. ad edictum Pauli.* Iuris quoque gentium habitam fuisse rationem in hoc jure incesti constituendo, nemo nescit, ex *l. ult. cum similib. ff. eod. tit.* habitam inquam moribus, & jure civili, ut rectè Paulus docet in *collat. leg. Mosaica cum l. Rom. Inter parentes & liberos jure civili matrimonium contrahi non posse*, id est moribus pop. Rom. repetitis tamen præceptis ex jure naturali, & gentium.

[9] DISSOLUTA ADOPTIONE] Hoc quidem certissimum est in uxore patris adoptivi; sed quid dicendum de matre? sanè & in matre idem dicendum esse suadent postrema verba *l. qui in adoptionem*, *ff. de adoption.* ut rectè Accursius adnotavit. Sed contrariam sententiam apertè vindicat *l. quinetiam*, *§. ult. ff. de ritu nupt.* Et nihil habeo hoc tempore quod animo meo faciat satis, nisi placeat observatio, & emendatio Cujac. *lib. 23. Obs. c. 36.* vel quia prudentes in constituenda fortè affinitatis distinctione, inter se dissentiunt.

§. II. Inter eas quoque personas quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sanè enim inter fratrem sororémque nuptiæ prohibitæ sunt: sive ab eodem patre eadémque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sanè inter te & eam nuptiæ consistere non possunt. Quum verò per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed etsi tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat [10], si quis generum adoptare velit, debere eum antè filiam emancipare. Et si quis velit nurum adoptare, debere eum antè filium emancipare. *Ex Caio l. 14. de ritu nupt.*

[10] ET IDEO CONSTAT] Vide Cujac. *lib. 25. Obs. cap. 3.*

§. III. Fratris verò [11] vel sororis filiam, uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis quis uxorem ducere potest, quamvis quarto gradu sint. Cujus enim filiam [12] uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus verò mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

[11] FRATRIS VERO] Iis repugnat Ulpianus in Fragm. *tit. 5. §. inter parentes.* Ubi ait, licitas esse nuptias in tertio gradu, nimirum, inter fratrem & fratris filiam, idque senatusconsulto; quod permissum fuisse ostendit Cujacius *lib. 13. Obs. cap. 16.* idque nominatim inter fratrem, & fratris filiam. non etiam inter fratrem, & sororis filiam. Sed notandum est, huic senatusconsulto causam dedisse Claudium Imperatorem; ille enim illecebris, ac libidine Agrippinæ Germanici fratris sui filiæ, per ejus osculi, & blanditiarum occasiones pellectus in amorem; subornavit potentissimos Senatus, qui censerent cogendum se ad ducendam eam uxorem, quasi Reipublicæ maximè interesset; dandámque ceteris omnibus veniam talium conju-

giorum. quod licèt Senatus censuisset, Claudii tamen hoc nefarium exemplum, præter libertinum quemdam, & primipilarem nemo sequutus est, vt scribit Sueton. *in Claudio*. Licuit ergo olim Senatusconsulto Claudiano fratris filiam vxorem ducere, numquam tamen sororis: sed tandem senatusconsultum hoc à sequentibus Imperatoribus sublatum est, vt videre est in *l. nemini, Cod. de nuptiis*, & *l. vlt. Cod. de incestis nupt.*

* 12 CVIVS ENIM FILIAM] Proponitur hîc generalis regula, quæ vera dumtaxat est in transversalibus, qui sunt inter se vice parentum, & liberorum. Vt ecce, filiam fratris, aut sororis vxorem ducere non possum; ergo nec neptem ejus: quia illis habeor loco parentis, & illi mihi loco filiorum, & descendentium. In ceteris autem collateralibus, in quibus cessat hæc ratio parentum, & liberorum, fallit hæc regula; vt videre est in hoc exemplo: Avi mei filiam vxorem ducere non possum, quia ea mihi amita est, *§. item amitam, hoc tit.* Et tamen neptem avi ejus, quæ mihi consobrina est, ducere possum; quia mihi in quarto gradu est, *§. duorum, infrà, hoc tit.*

§. IV. Duorum autem fratrum[13] vel sororum liberi, vel fratris & sororis jungi possunt.

* 13 DVORVM AVTEM FRATRVM] Iure civili prohibentur nuptiæ inter collaterales, vsque ad quartum gradum; sed qui in quarto gradu sunt contrahere possunt, nisi parentum, & liberorum loco sint. Ideóque, qui ex duobus fratribus, siue ex duabus sororibus, sive ex fratre, & sorore nati sunt, matrimonio conjungi possunt, *l. celebrandis, Cod. hoc tit. l. 3. ff. de ritu nupt.* & aliis innumeris. Quidam tamen codices habent, *conjungi non possunt*, quam lectionem quoque retinet Theophilus hoc loco: sed hunc errorem eruditè vindicat Cujacius notâ priori ad hunc locum.

§. V. Item amitam, licèt adoptivam, ducere vxorem non licet, item nec materteram: quia parentium loco habentur. Quâ ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi vxorem ducere.

§. VI. Adfinitatis quoque veneratione[14] quarumdam nuptiis abstinendum est: vt ecce privignam aut nurum vxorem ducere non licet; quia vtræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo: aliâ ratione vxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam vxorem ducere non poteris, quia duas vxores eodem tempore habere non licet.

* 14 AFFINITATIS QVOQVE VENERATIONE] Nuptiæ etiam propter affinitatem prohibentur inter virum, & cognatas vxoris, & inter vxorem, & cognatos viri: affinitas enim est necessitudo quædam, quæ oritur ex nuptiis, quâ inter se sunt conjuncti vxor, & cognati mariti, & maritus & vxoris cognati, *l. 4. §. 3. vers. affines, ff. de gradibus & affinibus.* Inter eos autem affines prohibitæ imprimis tantùm fuere nuptiæ jure civili, & habitæ pro incestis, qui parentum vel liberorum locum obtinent inter se; vt inter generum & socrum, soccrum & nurum, vitricum

& privignam; hi enim se invicem appellant matrem & filios, patrem & filias, *d. l. 4. §. hos itaque.* sed postea jure novo porrecta est prohibitio hæc ad eos etiam, qui neque parentum, neque liberorum loco sunt; & ideo cum glore non est connubium, id est cum ea quæ vxor fratris mei fuit, *l. 5. Cod. de incest. nupt.* Itémque cum leviro, id est cum fratre vxoris, aut fratre mariti, *d. l. 5. & l. 8. Cod. eod. tit.*

§. VII. Socrum quoque & novercam prohibitum est vxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissolutâ demum adfinitate procedit. Alioquin, si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiæ, quia duas vxores habere non possis.

§. VIII. Mariti tamen filius ex alia vxore, & vxoris filia ex alio marito, vel contrà, matrimonium rectè contrahunt, licèt habeant fratrem sororémve ex matrimonio postea contracto natos. *Ex Papin. l. 34. §. inter. de ritu nupt.*

§. IX. Si vxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna tua. Sed Iulianus hujusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectiùs tamen & jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint. *Ex Vlp. l. 12. §. 2. de ritu nupt.*

§. X. Illud certum est[15], serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse: si fortè pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint. *Ex l. 14. §. 1. eod. tit.*

* [15] ILLVD CERTVM EST] Quod quæritur hoc loco, an in nuptiis contrahendis habenda sit ratio servilis cognationis; tum demum procedere potest post manumissionem: nam pendente servitute frustra hoc quæreretur; cùm inter servos nec connubium sit, *l. cum ancillis, Cod. de incestis nupt.* nec matrimonium, auctore Paulo *lib. 2. Sent. tit. de nuptiis.* Dubitari tamen potuit etiam post manumissionem, vtrum hujus cognationis habenda sit ratio? nam §. *quod autem, infrà de capite minut.* maximâ capitis diminutione jus quoque cognationis ita perimi dicitur, vt nec manumissione recipiatur. Adde quòd in *principio tituli de servili cognat. infrà*, & *in l. 1. §. pertinet, ff. unde cognati*, Prætor hujus servilis cognationis rationem non habet. Sed cum Accursio breviter respondeo, quod illis in locis dicitur, pertinere ad tutelas & successiones, in quibus Prætor veteres leges sequutus esse videtur, quibus servilis cognatio penitus incognita fuit, *l. Iurisconsultus, §. non parcimus, ff. de gradib. & affinib.* Aliud tamen obtinuit in nuptiis contrahendis, in quibus naturale jus, & pudor omnino inspiciendus est, *l. adoptivus, §. serviles, ff. de ritu nupt.* Et hoc est quod ait Iurisconsultus in *l. libertinus 8. ff. eod.* hoc jus moribus, non legibus introductum fuisse.

§. XI. Sunt & aliæ personæ[16], quæ propter diversas rationes, nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri jure collectarum enumerari permisimus.

* [16] SVNT ET ALIÆ PERSONÆ] Veluti Senatores, & Senatorum filii;

qui nec libertinam, nec eam quæ ludicram artem exercuit, ducere possunt, *l. 44. l. oratione, l. semper, §. 1. ff. de ritu nupt.* Item Magistratus provinciales, qui provincialem; item tutores, qui pupillam suam ducere non possunt, *l. qui in provincia, l. non est matrimonium, ff. hoc tit.* item is qui suscepit aliquam ex sacro baptismate, quia ei est loco filiæ, *l. 26. Cod. de nuptiis.*

§. XII. Si adversus ea quæ diximus aliqui coïerint: nec vir, nec vxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intellegitur. Itaque ii qui ex eo coïtu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii quos mater vulgò concepit. Nam nec hi patrem habere intelleguntur, quum is etiam pater incertus est. Vnde solent spurii appellari, vel à Græca voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo vt dissoluto tali coïtu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

§. XIII. Aliquando autem[17] evenit, vt liberi, qui statim, vt nati sunt, in potestate parentium non fiant, postea autem redigantur in potestatem parentum, qualis est is qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus[18], potestati patris subicitur. Necnon is qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quòd si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

[17] ALIQVANDO AVTEM.] Notaverat hoc loco Caius duos modos juris antiqui, quibus filii, qui initio non sunt in potestate, efficiuntur legitimi; de quibus vide Cujac. *lib.* 15. *Obs. cap.* 13. Sed adde tertium ex *l. vlt. ff. de adopt.* vulgò non intellecta. In servitute mea quæsitus mihi filius in potestatem meam redigi potest beneficio Principis: hoc enim impetrare solebant à Principe peregrini, qui cum liberis civitate Rom. donabantur, vt docet *epist. 6. Plinii lib.* 10. qui propinquis medici sui, & eorum liberis civitatem petit; ita vt sint, inquit, in patris potestate: nam quia non sunt suscepti ex justis nuptiis, quamvis cives Rom. facti, non possunt esse in potestate; nisi hoc à Principe nominatim impetratum fuerit. Idem obtinet in filio quæsito in servitute à liberto. nam quamvis manumissus sit, & civis Rom. factus, non est in potestate; quia susceptus est ex contubernio, non ex matrimonio justo. Sed pro jure veteri proponit nobis Tribunianus hoc loco novum jus ex novissimis constitutionibus Impp. & duos modos, quibus filii efficiuntur legitimi. Primum excogitasse videtur Theodos. in gratiam civitatum, quarum curiæ fere destitutæ erant idoneis curialibus; vel propter gravissima munera his injuncta, vel propter exactorum injuriam, vt cognoscere licet ex *Nov. Majoriani* 4. & *ex historia Nicephori Calixti, lib.* 16. *cap.* 44.

* [18] CVRIÆ DATVS] Hoc primùm Theodosius Imper. vt refert Iustinianus Imper. *Nov.* 89. *cap.* 2. excogitasse videtur in gratiam civitatum, quarum curiæ fere destitutæ erant idoneis curialibus; quòd multi curialia hæc onera detrectarent,

rent, & refugerent, tum ob dura nimis, & gravia onera, quæ Decurionibus imponebantur; tum ob intolerabilem exactorum injuriam. propter quæ omnia, etiam aliquando Christiani pœnæ loco curiis addicti fuerunt; vt testatur Cassiodorus *tripartita histor. lib.* 1. *cap.* 9. Vt ergo ad hunc ordinem curialium allicerentur, concessum est vt naturales, id est ex contubernio, & concubinatu nati filii, curiis oblati, & in eas cooptati, legitimi fierent, *l.* 3. *&* 4. *Cod. de naturalib. lib.*

De Adoptionibus.

CAPVT XI.

NON solùm autem naturales liberi secundùm ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verùm etiam ii quos adoptamus.

§. I. Adoptio autem duobus modis fit, aut Principali rescripto [1], aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quæve sui juris sunt [2]. Quæ species adoptionis dicitur adrogatio Imperio Magistratus [3] adoptare licet eos easve, qui quæve in potestate parentium sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia: sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis. *Ex Caio l. 2. ff. eod.*

[1] PRINCIPALI RESCRIPTO] Iure antiqno apud populum, *l.* 2. *C. hoc tit.* & apud Vlp. *lib. Reg. tit.* 8. quod antiquum jus ætate Caii obtinuisse non dubito; & quod idem Caius scribit, *l. nam & feminæ, ff. eod.* ex rescripto Principis feminas adrogari posse, sic est accipiendum: jure communi feminas non posse adrogari apud populum, vt Gellius docet *lib.* 5. *cap.* 19. sed adrogari posse ex rescripto Principis: & tandem sublatis curiatis Comitiis, quæ diu post Principes mansisse constat, omnis adrogatio expediri cœpit auctoritate Principis. Et hoc est quod ait *l.* 6. *C. hoc tit.* adrogationes fieri, non in Regia vrbe, id est vrbe Roma veteri, vel nova, nec in provinciis, sed rescripto Principis. Olim enim adrogatio Romæ tantùm fieri potuit, vt Vlp. docet *d. tit.* non auctoritate Principis, sed populi.

*[1] AVT PRINCIPALI RESCRIPTO] Iure antiquo, & nondum translatâ potestate à populo in Principem, adrogatio fiebat apud populum, *l.* 2. *Cod. hoc tit.* & apud Vlpianum in *Fragm. tit.* 8. his solemnibus adhibitis. Populus convocatus, & in curias distributus, (nec enim alibi quàm Romæ adrogatio fieri poterat, teste Vlpiano dicto loco) rogabatur præsentibus Pontificibus, certis his & conceptis verbis, apud Gellium *lib.* 5. *cap.* 19. *Velitis, jubeatis Quirites, vti Lucius Valerius Lucio Titio, tam jure, legéque filius sibi siet, quàm si ex eo patre matréque fam. ejus natus esset, hac vti dixi ita vos Quirites rogo.* Tum populus lege curiatâ adrogationem hanc approbabat. Postea autem translatâ potestate à populo in Principem, adrogatio auctoritate Principis fieri cœpit, duobus tamen modis; vno, lege curiatâ; altero, lege Regiâ: lege curiatâ, præsente convocatóque populo; lege Regiâ, per rescriptum Principis, sine præsentia populi. quomodo femina rectè adrogari potuit, *l.* 21. *ff. hoc tit.* quæ tamen lege curiatâ non poterat, apud Gellium *loco citato*; quia comitiis

publicis, & consultationibus interesse non poterat. Tandem sublatis comitiis, quæ post Principes diu mansisse constat, cœpit adrogatio solâ auctoritate Principis fieri per solum rescriptum, sublatâ omni aliâ solemnitate, *l. 2. 6. & 8. Cod. hoc tit.* Dicta autem adrogatio est, inquit Gellius *d. loco*, quia genus hoc transitûs in alienam familiam, per populi rogationem fiebat; vel vt ait Caius in *l. 2. hoc tit.* quia is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus est, justum sibi filium esse; is qui adoptatur, interrogatur, an id fieri patiatur.

[1] QVI SVI IVRIS SVNT] Sed si minor sit 25. annis, necessaria est curatoris auctoritas, quod sub D. Claudio introductum fuisse ait *l. 8. ff. de adoption.* Olim, vt Gellius docuit, adrogari tantùm potuit pubes, vel, vt loquitur, *vesticeps*. neque necessaria videbatur curatoris auctoritas, quod D. Claudius novavit Sic pupilli, qui olim non poterant adrogari, hodie adrogantur auctoritate tutoris ex constitutione D. Pii, nec est *d. l. 8.* accipienda de lege Claudia, quæ in *lib. sing. Reg. tit. de tutel.* Vlpiano dicitur sustinere legitimas tutelas feminarum, vt Cujac. voluit *lib. 26. Obs. cap. 7.* quoniam quod Iurisconsultus generaliter ait in adrogatione, non possumus specialiter accipere de adrogatione feminarum. Et si hæc fuisset mens Iurisconsulti, non grave ei fuisset dicere nominatim, quod speciali nota indigebat. Et rursus falsum est, quod vir magnus tentat emendato loco Vlpiani, legem Claudiam sustulisse legitimas tutelas feminarum: constat enim, & post d. legem Claudiam, feminas fuisse in perpetua tutela, quod aliàs sæpissime docuit idem Cujac. Denique lex Claudia loquitur, non de perpetua illa tutela feminarum puberum, sed de tutela pupillarum, vt convincit *l. 3. C. de legit. tutel.* Sed de sententia Vlpiani *d. loco*, qui malè interpunctus est, latiùs dicam, *infrà ad tit. de legitim. patron. tutel.*

[3] IMPERIO MAGISTRATVS] Hæc est alia species adoptionis, quæ deficiente speciali nomine, eodem quo genus dicitur adoptio, appellatúrque vulgò adoptio specifica, *l. 1. C. hoc tit.* quæ cùm sit actus legitimus, *l. actus, ff. de Reg. juris*, apud eum tantùm Magistratum fieri potest, qui legis actionem habet, *l. 1. & 3. ff. de offic. Proconf.* Adoptantur autem filiifamilias, cùm à patre naturali trinâ emancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat apud Magistratum vindicantur. Verùm post *l. penult. Cod. hoc tit.* necessariæ fuisse non videntur hoc casu manumissiones, id est imaginariæ venditiones, quibus patris potestas solvebatur. hac enim constitutione cautum est, ne filiusfam. adoptivus transiret in familiam patris adoptivi. Sed integra, & illibata jura patris naturalis remanerent, cùm videlicet filius datur in adoptionem extraneo.

§. II. Sed hodie[4], ex nostra constitutione[5] quum filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis patris naturalis minimè dissolvuntur. Nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licèt ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint. Si verò pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia concurrunt in vnam personam & naturalia, & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis nodo constrictum,

vt & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

[4] SED HODIE] Olim jura patriæ potestatis nexu divino copulata, vt loquitur *l. pen. C. hoc tit.* ita dissolvebantur ; vt neque Prætor, qui naturalem æquitatem revocare plerumque solet, hunc filium adoptivum respectu patris naturalis agnosceret, nisi in casu *l. non putavit*, §. *in adoptionem*, *ff. de bon. possess. contra tab.* & in successione vnde cognati post liberos & legitimos, *l.* 1. §. *cognationem*, *ff. vnde cognati.* Ceterùm destiturus erat hic adoptivus omni remedio, tam civili, quàm Prætorio, si fortè præteritus esset testamento patris naturalis : querelam enim inofficiosi testamenti denegabat ei Papinianus ; quoniam alienus est, & extra familiam. Marcianus verò dabat adhibitâ distinctione, si in damno, & fraude versetur ; puta, si pater adoptivus inops sit, vel si statim post mortem patris naturalis ab adoptivo patre emancipatus sit. Paulus verò hærebat in hac dubitatione, & nihil affirmabat. Non constabat igitur inter Iurisconsultos quid dicendum esset in hac specie, & hac parte imperfectum videbatur jus civile. Huic incommodo succurrit Iustinianus, & sententiam Papiniani sequitur in filio dato in adoptionem avo, vel proavo ; paterno vel materno. Et hoc casu sequitur rigorem juris veteris ; quoniam nec locus esse potest in hac specie ei distinctioni Marciani, propter avitam affectionem. Sed si datus fuerit in adoptionem extraneo, jura patriæ potestatis manent illibata, & quidquid acquirit, patri naturali acquirit. vno tamen casu fingitur esse filius patris adoptivi, vt possit ei succedere ab intestato.

[5] EX NOSTRA CONSTITVTIONE] Extat hæc constitutio in *l. pen. Cod. hoc tit.* quam submovendæ veteris ambiguitatis, & controversiæ causâ inter Vlpianum, & Marcianum, edidit Iustinianus ; introductâ in favorem & gratiam liberorum hac distinctione. Vel filius datur in adoptionem extraneæ personæ, vel conjunctæ ; vt avo paterno, aut materno. Si primum, in potestate patris naturalis remanet, eique suus heres esse non desinit. quinimo mortuo patre naturali, superstite adoptivo patre, sui juris efficitur, licèt in familia patris adoptivi sit. Et quæcumque acquirit, absolutè sibi, & nihil patri adoptivo acquirit, quamvis patri adoptivo ab intestato mortuo succedat, §. *sed ea omnia*, *infrà, de success. quæ ab intest. defer.* Si secundum, è patris naturalis potestate in familiam, & potestatem avi transit, ob duplex vinculum legis & naturæ ; ideóque vsumfructum ex bonis quæsitis, avo, non patri naturali acquirit, vt nec etiam patri naturali ab intestato succedit.

§. III. Quum autem impubes per Principale rescriptum adrogatur, causâ cognitâ adrogatio permittitur[6]: & exquiritur causa adrogationis an honesta sit, expediátque pupillo : & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est, vt caveat adrogator[7] personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliàs emancipare eum potest adrogator, nisi, causâ cognitâ, dignus emancipatione fuerit, & tunc sua bona ei reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit : jubetur quartam partem[8] ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea adquisivit.

*6 PERMITTITVR ADROGATIO] Ex rescripto, scilicet, D. Antonini, vt scribit Vlpianus in *Fragm. tit. de adoptionib.* nam antea adrogatio impuberis nullo permittebatur casu, auctore Gell. *lib. 5. cap. 19.* Neque enim Gellii temporibus adrogabatur quisquam, nisi jam vesticeps, id est, vt Festus interpretatur, *pubertate vestitus.* Et ratio fuit; quia qui adrogatur, ejus rei debet esse auctor: at impubes nullius rei auctor esse potest, & tutori quoque in pupillum non est tanta potestas, vel auctoritas, vt eum possit subjicere alienæ potestati.

7 CAVEAT ADROGATOR] Rectè Cujac. *fidejussoribus datis*, ex *l. 2. C. hoc tit.* Sic enim legendum in notis posterioribus. quo casu directa actio acquisita videtur iis ad quos ea res pertinet; quoniam nominatim fuit interposita stipulatio. Sed si non sit interposita, subintelligitur; quoniam solemnis est, & interponitur auctoritate constitutionis D. Pii. hoc tamen casu datur actio vtilis adversus adrogatorem *l. his verbis, ff. hoc tit.* Vtroque autem casu, id est sive sit interposita, sive non interposita: legitimis heredibus, qui pupillo succedunt, ex vinculo hujus cautionis vel expressæ, vel omissæ; quoniam interpositâ stipulatione, amissæ legitimæ hereditates per capitis diminutionem redintegrantur; præstantur à Prætore in hac nova pupilli successione vel hereditate vtiles actiones, non directæ. Et idem obtinet in pupillari substitutione; quoniam jure ipso irrita fuit substitutio pupillaris, sed beneficio cautionis redintegratur. Et hæc est, ni fallor, sententia *l. causa cognita, ff. de vulg. & pupill. substit.* vbi malè Accurs. vtiles actiones semper dari ait adversus adrogatorem. nam aliquando directæ dari possunt, nominatim interpositâ stipulatione, vt convincit *d. l. his verbis.* Sed vno verbo, adversus adrogatorem agitur, vt restituere teneatur bona adrogati, directâ actione, si interposita sit cautio; vtili, si sit omissa. sed restitutis bonis ab adrogatore legitimis heredibus, vel substitutis; non possunt hi quibus bona adrogati restituuntur, cautionis beneficio exercere directas actiones adversus debitores pupilli; quia non sunt veri heredes rescissâ ipso jure legitimâ hereditate, vel substitutione pupillari, per capitis diminutionem: necesse igitur est hoc casu, vt Prætor deficientibus directis, vtiles accommodet.

*7 CAVEAT ADROGATOR] Datis, scilicet, idoneis fidejussoribus, *l. nec ei, §. fin. ff. eod.* Sed quæres? mortuo adrogato intra pubertatem, quâ actione potest conveniri adrogator, vt bona adrogati restituat legitimis ejus successoribus? Respondent quidam directâ actione conveniri, si cautio & stipulatio nominatim sit interposita; vtili autem, si stipulatio non sit interposita, sed omissa, *l. his verbis, ff. hoc tit* sed malè. Ex hac enim stipulatione, quæ interponitur ex constitutione D. Pii, pupillo adrogato per tabellarium, seu tabellionem publicum; acquiritur tantùm vtilis actio his quorum interest, puta, legitimis adrogati heredibus, & substitutis, *l. causa cognita, ff. de vulg. & pupill. substit.* Nec refert quòd adrogatione jus agnationis, & consequenter jus legitimæ hereditatis sublatum sit; necnon etiam substitutio pupillaris, irrito facto testamento pupillari per adrogationem: vtrique enim veniunt vi, & potestate cautionis interpositæ. Et hoc est quod ait Vlpianus in *d. l. causa cognita, Qui futuri erant ipso jure heredes, si adrogatio non intervenisset.* vide Cujacium ad *d. l. causa cognita, lib. 29. quæst. Papiniani.*

8 QVARTAM PARTEM] Hoc casu melior esse potest conditio adrogati, quàm legitimorum, & naturalium liberorum, si fortè plures liberos habeat adrogator; quod Accursius negat explosâ sententiâ Bulgari, quæ sic est vindicanda. permissâ, causâ cognitâ, adrogatione ei qui plures liberos habet, vt in *l. nec ei permit-*

itur, §. *praeterea, ff. hoc. tit.* ex Principali providentia, id est ex constitutione D. Pii, deberi omnino quartam partem adrogato quasi æs alienum, *l. si adrogator, ff. hoc tit. l. Papinianus*, § *si quis impubes, ff. de inoffic. testam.* Et ideo hanc quartam consequitur actione personali, id est condictione ex lege, vel ex constitutione D. Pii, *l.* 1. §. *si impubere*, *ff. de collat. bon.* Et in fraudem hujus quartæ bona alienata revocare potest, quasi per Faviauam, vel Calvisianam actionem, *l. ult. ff. si quid in fraud. patron.* quæ omnia longè aliter se habere in filiis legitimis, & naturalibus, ad persecutionem legitimæ portionis, nemo est qui nesciat. Porro ex hac adrogatione alia quoque multa nova, & inaudita emergunt, contra veteres definitiones juris, de quibus vide si placet Cujac. *ad quæst. Papin. in d. l. causa cognita, de vulgari & pupill. subst.*

* [8] QVARTAM PARTEM] Et hujus etiam quartæ auctor fuit D. Antoninus, vnde Antoniniana quarta vulgò dicta est, & quarta D. Pii, *l. Papinianus*, § *si quis impubes, ff. de inoff. test.* Multáque specialia habet hæc quarta, quibus distinguitur à quarta legitima; melioremque facit adrogati conditionem, quàm sit naturalium, legitimorúmque liberorum. Primò enim, est quarta omnium bonorum patris adrogatoris; cùm legitima sit tantùm quarta pars ejus portionis, quam quisque filius naturalis & legitimus habiturus est ab intestato. Secundò, quarta Antoniniana debetur vt æs alienum, *d.* §. *si quis impubes*, & *l.* 2. §. 1. *ff. famil. ercisc.* proindéque peti potest actione personali, id est condictione ex lege, vel constitutione D. Pii, *l.* 1. §. *si impubere. ff. de collat. bon.* Quarta autem legitima debetur tantùm deducto ære alieno, *d. l. Papinianus*, §. *quarta autem.* Tertiò, alienata in fraudem Antonimianæ revocantur, quasi per Calvisianam, vel Fabianam, *l. fin. ff. si quid in fraudem patr.* Alienata autem in fraudem legitimæ, nequaquam, *d.* § *quarta autem.* Denique, legitima finitur morte ejus cui debetur, quia eius hæret personæ; Quarta autem Antoniniana non finitur morte adrogati, sed ad heredes ejus transit, *d. l.* 1. §. *si impubere, ff. de collat. bon.* Sunt & alia multa nova & specialia, quæ emergunt ex adrogatione impuberis, de quibus vide Cujacium *loco suprà citato.*

§. IV. Minorem natu majorem non posse adoptare, placet. Adoptio enim naturam imitatur: & pro monstro est, vt maior sit filius quàm pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plenâ pubertate: id est, decem & octo annis præcedere.

§. V. Licet autem & in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis, vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat. *Ex Paulo l. 37. & 43. hoc tit.*

§. VI Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quàm nepotem in locum filii.

§. VII Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet: in eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus heres adgnascatur Sed ex contrario si avus ex filio nepotem det in adoptionem: non est necesse filium consentire. *Ex Paulo l. 6. & 11. hoc tit.*

§. VIII. In plurimis autem causis adsimilatur is qui adoptatus vel

adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per Imperatorem, sive apud Prætorem, vel apud Præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare.

§. IX. Sed & illud vtriusque adoptionis commune est, quòd & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones [9], adoptare possunt: castrati autem non possunt. *Ex Caio l. 2. hoc tit.*

[9] QVALES SVNT SPADONES] Vel qui generare non possunt, propter ætatem, valetudinem, & sterilitatem: Eos enim instituere posse postumos, quos habere non possunt, obtinuit hac ratione; quoniam adoptare possunt, *l. 6. & 9. ff. de liber. & postum.* Idque ex sententia Cassii, & Iavoleni, quos constat fuisse Sabinianos; idque Proculianis fortè reclamantibus, qui tamen institutionem postumi facilè permittebant spadoni, *d. l. 6.* §. 1. vbi rectè Vlpianus, *& Labeo, & Cassius*; vt ostendat vtriusque sectæ auctores in spadone consentire. Non est igitur mutanda lectio, vt præstantiss. Cujac. tentat *in comment ad d. tit.* Sabinus generaliter constituebat omnem masculum posse postumum heredem scribere, *l. 4. ff. eod. tit. de liber. & postum.* & feminam tantùm ab hac definitione excludebat: sed regula Sabini coangustata fuit. Et primùm non obtinuit in castrato, *d. l. 6. §. penult.* quia nec adoptare potest; & in hac re Iulianus quamvis Sabinianus sequitur Proculi sententiam. In eo qui facilè generare non potest, prævaluisse videtur opinio Sabini, in spadone nulla fuit controversia. Ex quibus intelligimus vulgò *d. l. 4.* malè sic acceptam fuisse, quasi definiat & constituat postumum posse institui, quod satis constabat, cùm Iurisconsultus tractet in d. l. non de ipso postumo instituendo, sed de eo qui potest instituere postumum. Quod ideo quæritur, vt intelligamus etiam institutione postumi, qui numquam nasciturus est, prius testamentum rumpi, quod aliàs valet, si fortè à castrato sit institutus postumus, quem non posse instituere postumum omnes Iurisconsulti tandem admiserunt.

§. X. Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales [10] liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberûm amissorum adoptare possunt [11].

* [10] QVIA NEC NATVRALES LIBEROS] Ratio hæc non videtur probare feminam adoptare non posse, saltem extraneum, post constitutionem Iustiniani, quæ habetur in *l. pen. Cod. hoc tit.* per quam extraneus adoptatus remanet in patris naturalis potestate. Quare dicendum Iustinianum respexisse hoc loco ad jus vetus, quo etiam extraneus in adoptionem datus transibat in potestatem adoptantis. vel etiam quia licèt extraneus non fuisset, in potestate tamen feminæ esse non poterat; quia feminæ in potestate liberos habere non possunt.

* [11] ADOPTARE POSSVNT] Imò ex Nov. Leonis 27. femina adoptare potest sine jussu & indulgentia Principis, vt §. hic per illam Novellam abrogatus videatur.

§. XI. Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit: quòd is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solùm ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim & divus Augustus non antè Tiberium adoptavit, quàm is Germanicum adoptavit: vt protinus adoptio- *Ex Caio l. 2. hoc tit.*

ne factâ, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

§. XII. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas: servos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari [12]. Vnde & nos eruditi in nostra constitutione etiam cum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit [13], liberum esse constituimus, licèt hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

* [12] EX HOC IPSO POSSE LIBERARI] Quia actus hic non valet vt adoptio, sed tantùm vt manumissio; nec enim servus adoptione filius fieri potest, cùm nec libertus possit, *l. vlt. ff. de statu hom.* vt adversus Accursium rectè censuit Theophilus.

[13] FILIVM SVVM NOMINAVERIT] Eâdem ratione D. Paulus initio epist. ad Hebræos, sospitatorem nostrum Iesum Christum omnibus Angelis, ministris, & servis Dei præstantiorem esse factum ait; quoniam huic vni dixit, *Filius meus es tu.*

Quibus modis jus potestatis solvitur.

CAPVT XII.

VIDEAMVS nunc quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberantur. Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur, ex iis intellegere possumus, quæ de servis manumittendis superiùs exposuimus. Hi verò qui in potestate parentium sunt, mortuo eo [1] sui juris fiunt: Sed hoc distinctionem recipit; Nam mortuo patre sanè omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur. Mortuo verò avo [2], non omnimodo nepotes neptésque sui juris fiunt: sed ita si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est: tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut etiam mortuus est, aut exiit de potestate patris: tunc ii, quia in potestatem [3] ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

CERTIS modis constituitur patria potestas, & certis quoque modis solvitur, *l. patre, ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* Sic quod alicui deberi cœpit certis modis, & certis modis deberi desinit, *l. obligationum fere 44. §. 1 ff. de oblig. & act.*

[1] MORTVO EO] Aliud est in servis; nam morte domini non fiunt sui juris, sed dominum mutant.

* [2] MORTVO VERO AVO] Si nepos, vel filius tempore mortis avi sit emancipatus, nepos in patriam potestatem non recidit; emancipatio enim propriam familiam constituit, *l. 195. ff. de verb. signif.* Secùs tamen est, si pater sui juris factus sit propter dignitatem aliquam, v. g. Senatoriam: hoc enim casu post mortem avi nepos in patris potestatem recidit. Et ratio diversitatis redditur in *Nov. Iustiniani* 81. quia dignitas patriam quidem potestatem solvit, sed capite non minuit. Eman-

cipatio autem capite minuit; credo, quia in imaginariam quamdam servitutis formam deducit, *l. liberos*, §. 1. *ff. de cap. min.* quamquam hodie sublatâ legitimâ, & formulariâ emancipatione, vigentéque, aut Anastasianâ, aut Iustinianeâ emancipatione, §. *praterea*, *infrà*, *hoc tit.* qui emancipatur, capite non minuitur.

[3] QVIA IN POTESTATEM EIVS] In potestatem patris emancipati, non possunt cadere nepotes; quia emancipatione pater omnia jura, quæ habuit in filium amisit. Aliud igitur obtinet si dignitate solvatur patria potestas, vt docet *Nov.* 81. quia tunc filius exit de patris potestate sine capitis minutione.

§. I. Quum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur[4], civitatem amittit: sequitur, vt qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si ex indulgentia Principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.

[4] IN INSVLAM DEPORTATVR] Idem Vlp. scribit *lib. Reg. tit.* 10. de eo cui aquâ, & igni interdictum est. Successit autem deportatio in locum interdictionis aquâ, & igni, *l. 3. ff. ad leg. Iul. peculatus*, *l. 2.* §. 1. *ff. de pœnis.* Deportatus igitur peregrinus fit, & peregrinus non potest habere civem Rom. in potestate: vel contrà peregrinus non potest esse in potestate civis Rom. Quod autem hoc loco Theoph. notat de sententia judicis, quæ deportationis pœnam inflixit, intelligendum est cum distinctione, *d. l. 2.* §. 1. *& l. 1.* §. *deportatos*, *ff. de leg. 3.* Aliud est in relegato, quem constat civitatem, omnia jura, & bona quoque sua retinere, *l. 4. de interdict. & relegat. Nisi*, inquit, *ei nominatim adempta sint*, vt in specie *l. si mandavero*, §. *is cujus*, *ff. mandati*, quæ accipienda est de relegato, & non de deportato. Hoc autem jus fluxisse videtur à veteri Atheniensium jure, quo nempe, vt nominatim Scholiastes Aristoph. notat in Vespis, exulum bona proscribebantur; non eorum, qui per ostracismum relegabantur, præscripto, nempe, certo loco, & tempore.

* [4] IN INSVLAM DEPORTATVR] Deportatione jus patriæ potestatis solvitur; quia deportatio quasi mors est, *l. verum*, §. *societas*, *ff. pro socio.* Adimit enim civitatem *l. 5.* §. *consumitur*, *ff. de extraordinariis cognitionibus.* Et in peregrinitatem redigit, *l. 10.* §. *liberos parentésque*, *ff. de in jus vocando.* Ideóque deportatus eùm desinat esse civis, & peregrinus fiat, neque civem Romanum in sua potestate habere potest, neque ipse in civis Romani potestate esse potest.

§. II. Relegati autem[5] patres in insulam, in potestate sua liberos retinent. Et ex contrario liberi relegati in potestate parentium remanent.

* [5] RELEGATI AVTEM] Relegatione patria potestas non solvitur; quia relegatus omnia jura sua, & bona omnia, præterquam si quæ ei nominatim judicis sententiâ adempta sunt, retinet, *l. 4. ff. de interdictis & relegat.* tantúmque ei insulæ egressus interdictus est; vt ipsum, *relegare*, verbum satis indicat. Idem enim relegare ac interdicere, vt notant veteres glossæ ad *l. nulli*, *Cod. de sent. & interloc.* quare exilii genus id, quod in Gallia solùm cognitum, quódque vulgò bannitio appellatur, propriè est relegatio; sic dicta à verbo, *bannire*, id est interdicere.

§. III. Pœnæ servus[6] effectus, filios in potestate habere desinit. Servi

autem[7]

autem pœnæ [7] efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subiciuntur.

* [6] POENÆ SERVUS] Pœnæ servus est, qui libertatem simul & civitatem amisit, & nullius nisi supplicii servus est, *l. aut damnum §. servus. ff. de pœnis.* quales fuerunt olim qui in metallum damnabantur, & bestiis subjiciebantur. Dixi *olim*, quia postea id abrogatum est. Imprimis enim pœna ludi gladiatorii, sive damnationis ad gladium, & pœna ludi venatorii, sive damnationis ad bestias, abrogata fuit constitutione Valentiniani, *l. 8. Cod. Theod. de pœnis.* Et denique omnis pœnæ servitus sublata est, *Novell. Iustin. 22. cap. 8.* Itaque hodie damnatio ad remum pœna quidem est, sed pœnæ servitus non est; cùm etiam moribus nostris, nulla sit pœnæ servitus, quia neque servitus aliqua est.

[7] SERVI AUTEM POENÆ] Hi non solùm civitatem, sed etiam libertatem amittunt; qui nempe in metallum, vel ad ludum damnantur, ut est apud Paulum *lib. 5. Sent. tit. 17.* Ad ludum damnantur qui traditi sunt ut ferro aut cum bestiis depugnent, ut loquitur Ulp. *lib. Reg. tit. 1.* & Caius in *l. 8. §. ult. ff. qui testam. facere possunt.* Aliud autem est damnari ad gladium, quoniam ut Paulus docet *d. tit. 17.* ad gladium damnati non dimittuntur, sed intra annum consumendi sunt: qui verò damnati sunt ad ludum, dimitti possunt à ludo, pileari, & rude donari, ut docet vetus Fragm. Ulp. *in collat. leg. Mosaica cum l. Rom. tit. 11.* In rescripto tamen Adriani, de quo in *d. Fragmento*, damnatio ad gladium, est damnatio ad ludum, sed impropriè.

§. IV. Filiusfamilias si militaverit, vel si Senator vel Consul fuerit factus, manet in potestate patris. Militia enim vel consularia dignitas potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas [8] ilico Imperialibus codicillis præstitis, filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, Imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

* [8] SUMMA PATRICIATUS DIGNITAS] Id non ita accipi debet, quasi Patriciatus sit aliquis supremus Magistratus; Consulatus enim superior fuit Patriciatu, ut scribit Cassiodorus in formula Patriciatus *lib. 6. variar. form. 2.* Et Præfectus ipse urbis summum omnium magistratum gessisse dicitur in *l. 3. & 4. Cod. de offic. Præfecti urb.* Sed ideo Patriciatus summa dignitas dicitur, quia perpetuus honos fuit, quo donabantur ii, quos sibi Imperator patres eligebat, & faciebat, *l. fin. Cod. de Consulib. lib. 12.* Quare olim Patriciatus dignitas, eáque sola, cum Flaminio Diali, aut Vestali Sacerdotio, apud Ulpianum *in Fragm. tit. 10.* patriam solvebat potestatem: sed postea jure novissimo obtinuit, ut ceteræ quoque dignitates, quæ à coactione curiali liberabant, & patriâ quoque potestate liberarent, *Novell. Iustiniani 81.* & *l. fin. Cod. de Decurionib. lib. 10.*

§. V. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus etiam liberos ha- *Ex Triph. l. 12. §. 1. de capt.*

H

bebit [9] in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse. Si verò ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, nepósve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium à limine, & post. Vnde eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum rectè dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt: sic & imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc & limes dictus est, quasi finis quidam & terminus: ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus fuerat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur. *Ex Flor. l. 26. de capt.*

[9] LIBEROS HABEBIT IN POTESTATE] Rectè liberos, nam & nepotes ex matrimonio filii susceptos recipit cum filio captivus; quo casu ei invito sui heredes agnascuntur, *l. in bello*, §. *medio, ff. de captiv. & postlim.* quod adeò verum est, vt quamvis filium numquam habuerit in potestate, captus nempe vxore prægnante relictâ, & mox natus filius filium susceperit: reversus tamen avus omnia jura nepotis perinde capiet, ac si filio nato in captivitate fuisset, in *l. 23. ff. eod. tit. de capt. & postlim.* malè Florentini, *ac si filius natus esset*, sine vllo sensu.

§. VI. Præterea emancipatione [10] quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex Imperiali rescripto [11]. Nostra autem providentia & hoc in melius per constitutionem reformavit, vt fictione pristinâ explosâ, rectâ viâ ad competentes Iudices vel Magistratus, parentes intrent: & sic filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps, suâ manu dimitterent. Et tunc ex edicto Prætoris in hujus filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis bonis, qui, vel quæ à parente manumissus, vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

* [10] PRÆTEREA EMANCIPATIONE] Emancipatio est triplex, Anastasiana, Iustinianea, & legitima. Legitima est imaginaria venditio liberorum quæ fiebat olim per æs & libram, certis solemnibus verbis, & libripende, & quinque testibus Romanis præsentibus, vt docet Vlpianus *d. tit.* 10. non adnumerato pretio, alioquin non fuisset imaginaria venditio, *l. imaginaria, ff. de Reg. jur.* sed appenso numo. Anastasiana est, quam explosis solemnibus iis, & imaginariis venditionibus, Anastasius fieri voluit ex rescripto solo Principis ad preces patris emisso, & postea insinuato Magistratui competenti, *l. pen. Cod. de emancipat.* Iustinianea denique est, quam sine rescripto Principis fieri Iustinianus permisit, apud quemcum-

que Magistratum competentem ; cui nempe lege, aut legis consuetudine datum sit, vt apud eum pater profiteatur filium suum sui juris, & suæ potestatis esse velle, *l. fin. C. de emancipat.* Porro ex tribus istis emancipationis speciebus, sola legitima cum capitis diminutione fiebat, vt pleniùs docet Cujacius ad Vlpianum *in Fragm. d. tit.* 10.

[11] VEL EX IMPERIALI RESCRIPTO] Hanc emancipationem introduxit Anastasius *l. pen. C. de emancipat.* Sed hæc verba parum commodè explicasse videtur Theoph. illo loco, *hac autem peragebantur sine Imperiali rescripto.* ἐπεγίνετο δὲ ταῦτα καὶ δίχα βασιλικῆς ἀντιγραφῆς. quid si pro δίχα legas μετὰ, vel δίχα adverbium sumas, hoc sensu : *Hac autem fiunt separatim, & seorsim, per Imperiale rescriptum.*

§. VII. Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere. Et è converso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intellegantur. *Ex Caio l. 28. de adopt.*

§. VIII. Sed etsi pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundùm nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Iudicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præsente, qui adoptat, solvitur jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam antea diximus.

§. IX. Illud autem scire oportet, quòd si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tuâ : nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quòd si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subicitur. Et quòd neque naturales liberi, neque adoptivi vllo penè modo [12] possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

[12] VEL O PENE MODO] Hoc ideo ait quoniam sunt quidam casus, quibus coguntur parentes liberos emancipare, diligentiùs notati ab Accursio.

De Tutelis.

CAPVT XIII.

TRANSEAMVS nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt [1], quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo

de his qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intellegemus ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac priùs dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

* HÆC est tertia personarum divisio, quæ pertinet ad eos qui sui juris & potestatis sunt, *l. 4. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* ad eos eásve qui neque in potestate parentum, neque in manu, mancipióque sunt, *l. pen. §. 1. ff. quod. falso tut. l. si putas, Cod. de petit. hered. l. 1. Cod. de patr. potest.* & alibi passim. in quo numero pupillus est; qui ideo ab impubere distinguitur, quòd omnis pupillus sit paterfamilias, *l. pupillus 239. ff. de verb. sign.* non verò omnis impubes. & quòd etiam pupilli nomine non ætas tantùm significatur, sed conditionis status; impuberis nomine, ætas sola. Negat tamen Cujacius eos qui sub tutorum & curatorum potestate agunt, suæ potestatis esse, *lib. 21. Obs. cap. 23.* idque evincit ex *l. obligari 43. ff. de oblig. & act. l. novare 20. ff. de novationib.* & *l. 2. ff. de pollicitationib.* quibus omnibus locis ait, patremfam. non aliter obligari posse, aut obligationem novare, quàm si sui juris, & potestatis sit. Ergo non omnis paterfam. hoc ipso quod paterfamilias est, inquit, sui juris est; alioquin in dictis legibus frustra, & perperam addita fuissent hæc verba, *sui juris, & potestatis.* Sed dici potest eos qui in tutela sunt, diverso respectu esse sui juris, & non esse; sunt enim sui juris inspectâ potestate patriâ quâ soluti sunt: Et hoc modo quicumque paterfam. est; idem & sui juris est. Non sunt sui juris inspectâ auctoritate tutoris, quâ suo arbitrio agere prohibentur; quò respiciens D. Paulus *epist. ad Galatas cap. 4.* ait, pupillum à servo non differre. *Quanto tempore*, inquit, *parvulus heres est, non differt à servo, cùm sit dominus omnium, sed sub tutoribus.*

[1] QVÆ IN POTESTATE NON SVNT] Qui sunt suæ potestatis, vel sui juris; his enim verbis, *in capite libero*, non tantùm excludit servum, sed etiam liberum hominem si alieni juris sit. Et tamen præstantissimus Cujac. eos, qui sub tutoribus, vel curatoribus degunt, non esse suæ potestatis, vel juris sui probare tentavit *lib. 21. Obs. cap. 23. & lib. 25. cap. 28.* ex *l. obligari 43. ff. de obligat. & action. l. novare 20. ff. de novation. l. 2. §. 1. ff. de pollicitat.* quod vix possum admittere; quia quamvis non sint suæ tutelæ, vt loquitur *l. quoties, §. 1. ff. de administrat. tutor.* sunt tamen suæ potestatis, & sui juris. Et quod ait *d. l. obligari, sua potestatis pubes*, dictum videtur ad differentiam servi, vel impuberis. Suæ potestatis igitur, id est homo liber, vt colligere licet ex *§. 1. ejusdem legis*, vbi nominatim Iurisconsultus ait servum non posse obligari. Idem quoque dicendum est de *d. l. 20. novare possunt qui sui juris sunt.* Hoc enim dicit ad differentiam servi, qui nec peculiarem obligationem sine voluntate domini novare potest, *l. servus, ff. eod. tit. de novat.* Eamdem esse sententiam *l. 2. §. 1. de pollicitat.* satis apparet ex contextu.

§. I. Est autem tutela[2] (vt Servius definivit) vis ac potestas in capite libero[3] ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa[4]. *Ex Paulo l. 1. eod.*

[2] EST AVTEM TVTELA] Hæc vis est auctoritas, vel efficacitas, Gell. *lib. 5. cap. 19. Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatémque fas non est.* Eâdem formâ vis Præturæ dicitur in *l. 2. §. 1. ff. de judic.* Plautus *Bacchidibus: Postquam quidem Prætor recuperatores dedit, damnatus demum vi coactus reddidit.* non malè igitur Accursius postremo loco, *Vis ad cogendum, potestas ad imperandum.* Phædrus *in fabulis:*

Ranæ vagantes liberis paludibus,
Clamore magno Regem petiere à Iove,
Qui dissolutos mores vi compesceret.

M. Tullius Tuscul. 5. *Vis omnis ac potestas deorum,* & in *l.* 1. *ff. de noxalib. action. Vis & potestas harum actionum hæc est.* Vim igitur, & potestatem habet tutor in caput liberum, cujus moribus & rebus præficitur, *l. cùm plures*, §. *cum tutor. ff. de administrat. & peric. tut.* Datur enim personæ principaliter, rebus verò per consequentias.

* 3 IN CAPITE LIBERO] Id est in caput liberum, quibus verbis excluditur non solùm servus, sed & filiusfam. Nec obstat primò quod habetur in *l. fin.* §. *minores, Cod. de sentent. passis*, datum tutorem filio post deportationem patris, reverso & restituto patre beneficio Principis, & consequenter reducto filio in ejusdem patris potestatem, tutorem esse non desinere. manet enim tutor datus, *d.* §. *minores*, licèt filius sit in potestate patris; propter ejusmodi patris dissolutos mores, nequitiam, & luxuriam. Nec obstat secundò *l. si impuberi, ff. de tutorib. & curatorib. dat.* vbi *servo impuberi tutor datur*; quia ita demum valet illa datio tutoris, si servus qui de statu suo litigat, qui de servitute petitur in libertatem, liber sit; quod eventus litis declaraturus est.

4 IVRE CIVILI DATA AC PERMISSA] His verbis intelligi leg. XII. tab. viri docti existimant, quæ tutelam defert agnatis, ac parentibus permittit tutores dare, *l.* 1. *ff. de testam. tut. l.* 1. *ff. de legitim. tut.* quam interpretationem confirmant hæc verba, *data ac permissa*; vt data referatur ad legitimam, quæ à lege agnatis datur directò; permissa ad testamentariam, quæ permitti dicitur parentibus, §. *permissum, hoc tit.* Verius tamen esse existimo post leges XII. tab. jus civile, id est interpretationem prudentum, constituisse ea quæ propriè pertinent ad hanc vim, & potestatem, quam tutores legitimi, & testamentarii habent. Et hoc est quod ait Vlp. *l.* 5. §. *Iulianus, ff. de administrat. & peric. tutor.* formam tutelæ fuisse antiquitus constitutam, id est antiquo illo jure, quod ab initio post leg. XII. tab. esse cœpit, vt loquitur *l.* 1. *ff. de curatorib. furios.*

* 4 IVRE CIVILI DATA AC PERMISSA] Tutela triplex est, legitima, testamentaria, & dativa. Duæ priores ex jure civili, id est ex leg. XII. tab. descendunt, *l.* 1. *ff. de legitim. tut. l.* 1. *ff. de testam. tutel.* Tertia, ex aliis legibus, de quibus infrà in *tit. de Atil. tut.* Datur autem seu defertur legitima tutela ipso jure, & ipsâ lege dictante, *l.* 5. *& d. l.* 1. *ff. de legitim. tut.* Testamentaria autem ipso jure non datur, sed permittitur leg. XII. tab. factâ potestate parentibus tutores dare filiis, quos habent in sua potestate, *d. l.* 1. *ff. de testament. tutel. l. verbis legis* 120. *ff. de verb. signif.* nec tantùm filiis, sed & nepotibus; si modò tempore facti testamenti sint sui heredes; vel si post factum testamentum vivo avo, ex secundo capite legis Velleiæ succedant. Eo enim casu valet datio tutoris, quasi in hunc casum facta fuerit, quo, tempore mortis avi, sui heredes futuri sunt, *l. si hereditas*, §. *qui filium, ff. de testam. tut.*

§. II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, éxque ipsa re nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores: sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

§. III. Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiásque procedit omnimodo. Nepotibus tamen neptibúsque ita demum pa-

rentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

§. IV. Quum autem in compluribus[5] aliis causis postumi pro jam natis habentur, & in hac causa[6] placuit non minùs postumis, quàm jam natis testamento tutores dari posse: si modò in ea causa sint, vt si vivis parentibus nascerentur, sui, & in potestate eorum fierent.

*5 CUM AUTEM IN COMPLURIBUS] Qui in vtero est, quodammodo in rerum natura esse existimatur, *l. 7. ff. de suis & legitim. l. qui in vtero, ff. de statu hom.* quare vt jure civili, id est interpretatione prudentum, receptum posse eum institui, si in ea causa sit vt si nascatur suus heres sit testatori; sic & eodem jure constitutum est, posse ei testamento tutorem dari.

6 ET IN HAC CAUSA] Qui in vtero sunt, id est postumi, si nati sui heredes futuri sint, rectè instituuntur; siquidem post mortem parentis nascantur, ex jure civili; si vivo parenre, ex lege Iulia Velleia, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit. 22. §. eos qui in vtero.* Iis igitur tutores quoque dari placuit prudentibus. Itemque his qui postumorum loco sunt, *l. postumorum, ff. de injusto rupto,* id est nepotibus qui mortuo patre avo vivo succedunt in locum suorum: si modò ex provisione legis Velleiæ instituti, vel nominatim exheredati sunt, *l. 1. §. 1. l. 10. §. qui filium, ff. de testament. tutel.* Confirmatur igitur tutela postumorum qui post mortem nascuntur jure civili, ceterorum qui vivo parente agnascuntur, vel quasi agnascuntur, l. Velleia, vt docet *d. §. qui filium,* & quod est in *§. vlt. seq. tit. plane si postumis dederit,* (sic legendum, stulti enim sunt qui legunt, *posteris*) *ceteri liberi continentur,* id est etiam nepotes, & pronepotes, postumi, & qui postumorum loco sunt, vt eruditissimè Accurs. adnotavit.

§. V. Sed si emancipato[7] filio tutor à patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione. *Ex Modest. l. 1. de confirm. tut.*

7 SED SI EMANCIPATO] Tutela datur jure patriæ potestatis *l. impuberi, ff. de administrat. tutor.* non rectè igitur datur filio emancipato tutor, sed Prætor sequitur judicium patris, & confirmat tutorem à patre datum, vel à matre, vel ab extraneo, *l. Nesennius, ff. de excusat.* Si modò heres fuerit institutus; mater enim videtur potiùs in rem tutorem dare, quàm in personam, *l. pater, ff. de testament. tutel.*

*7 SED SI EMANCIPATO] Potestas quæ parentibus facta est dandi tutoris filiis, ex duplici causa dependet: nimirum ex jure testandi, & ex patria potestate. Hinc sequitur, patrem filio emancipato, aut naturali, id est, ex concubinatu nato, tutorem dare non posse. quamquam tamen datio hæc non sit omnino inutilis; solet enim Prætor eorum sequi judicium, qui minùs jure testamento tutores dant, *l. 1. ff. de confirm. tut.* Aliquando omnimodo, id est sine inquisitione, *l. 4. ff. de testament. tut. & hoc nostro tit.* Hoc enim casu, vt eleganter Theophilus, sufficere videtur defuncti patris testimonium. Sed si ab aliis personis, quæ jus dandi non habent, datus fuerit tutor iis quos heredes instituerunt, non aliàs quàm cum inquisitione tutor confirmatur; veluti datus ab extraneo, *l. Nesennius, ff. de excusat.*

vel à matre, *d. l. 4. ff. de testam. tut.* & *l. 2. ff. de confirm. tut.* vel à patrono, *l. si patronus, eod.* vel à patre naturali filio naturali cui nihil relinquit, *l. naturali, ff. de confirm. tut.*

Qui testamento tutores dari possunt.

CAPVT XIV.

DARI autem potest tutor non solùm paterfamilias, sed etiam filiusfamilias [1].

[1] SED ETIAM FILIVSFAM.] Licèt filiusfamilias sit in potestate patris, pupillum tamen habere potest in sua potestate, *l. Lucius Titius, ff. de administrat. tutor. l. si filiusfam. ff. de tutel.* quoniam in muneribus publicis, quale est tutelæ munus, vt probat Iustinianus in *princ. tit. de excusat. tut. infrà*, filiusfam. pro patrefam. habetur, *l. filiusfam. ff. de his qui sunt sui vel al. jur. l. ille à quo, §. fin. juncta, l. seq. ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

§. I. Sed & servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est eum & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam [2] accepisse videri, & per hoc rectè tutorem esse. Planè si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita, quum liber erit, vtiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

[2] LIBERTATEM DIRECTAM] Notissimi sunt loci quibus constat fideicommissariam dari non directam, vt in *l. 10. §. vlt. ff. de testam. tutel. l. etsi non adscripta, C. de fideicommiss. libertatib.* quamvis Paulus directam dedisse videatur in *l. quæro, §. Lucius Titius, ff. de testam. tut.* fortè quoniam hanc fuisse defuncti voluntatem constabat ex his verbis, *Lucius Eros tutor esto.* Observandum est enim, restatorem qui tutorem dedit, proprio nomine, vel prænomine fuisse vocatum Lucium; vt qui proprio nomine domini ab ipso domino honoratur, sine vlla dubitatione directam libertatem accepisse censeatur. Servi enim libertate donati patroni nomine honorabantur, vt docet Tertull. in *lib. de resurrectione carnis.* Sed fideicommissariam competere ex prudentum sententia ait *d. l. etsi non adscripta.* Paulus tamen directam dabat in specie, *d. §. Lucius Titius.* Cujus sententiam generaliter probat Iustin. Proponitur igitur hoc loco decisio juris veteris controversi similis decisioni ejusdem Iustiniani, quæ extat in *l. pen. C. de necessariis servis hered. instit.* Olim servus proprius ex sententia plurium, vt est in *principio tit. de heredib. instit. infrà*, inutiliter sine libertate instituebatur; & hoc est, ni fallor, quod Phœbadius ait in *elegantiss. libello contra Arianos, Cum legamus*, inquit, *servum sine libertate non posse esse heredem.* Sed ex sententia Attilicini veteris Iurisconsulti, Iustinianus instituto servo libertatem dedit, & quidem directam. Eàdémque ratione ei qui tutor institutus est, directam libertatem competere vult. Nam si dicamus fideicommissariam tantùm competere, initio non rectè tutor datus erit: sed priùs præstanda erit libertas, & deinde incipiet competere tutela, *l. qui tutelam, §. 1. ff. de*

testam. tut. idque obtinet beneficio Senatusconsulti Dasumiani, vt Paulus exposuit *lib.* 4. *Sent. tit.* 13. §. *vlt.* quod Theoph. non intellexit. Sed hos circuitus vitandos esse monet Iustin. Et eodem tempore servum liberum, & tutorem existere, si jure tutor datus sit. Et observa quæso quod ait, *& per hoc rectè tutorem esse*, id est purè tutorem esse ab initio. Eâdem ratione rejicit Iustin. Sabini sententiam, qui alienum servum purè testamento vtiliter dari tutorem existimabat, eique deferebat fideicommissariam libertatem; argumento ducto à proprio servo purè tutore dato. Sed huic datur hodie directa ex hac decisione, quæ dari non potest alieno: in eo igitur qui purè datus est, aut directam voluit competere Iustin. aut nullam.

* 2 LIBERTATEM DIRECTAM] Directa libertas, an fideicommissaria competat, servo proprio sine libertate tutore dato, jure olim controversum est. volebant enim alii directam libertatem competere, vt Paulus in *l. quæro*, §. *Lucius Titius*, *ff. de testam. tut.* alii fideicommissariam tantùm, *l. etsi non adscripta*, *Cod. de fideicommiss. libertat. l. generaliter*, §. *si quis tutorem*, *ff. de fideicom. libert.* Sed tandem Iustinianus sequutus est sententiam eorum qui volebant directam libertatem competere, *l. pen. Cod. de necess. serv.* invitâ licèt Iurisprudentiâ, vt pluribus probat Cujacius *lib.* 18. *Obs. cap.* 5.

§. II. Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tutor erit, cùm compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

§. III. Ad certum tempus[3], seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis[4] institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.

* 3 AD CERTVM TEMPVS] Obstat quòd datio tutoris sit actus legitimus: actus autem legitimi non recipiunt diem neque conditionem, *l. actus legitimi*, *ff. de Reg. juris.* Respondeo illud verum esse in dativa tutela, quæ à Magistratibus defertur, *l. muto*, §. 1. *ff. de tutelis*, non in testamentaria, de qua hîc loquitur, & quæ non est actus legitimus.

4 VEL ANTE HEREDIS INSTITVTIONEM] An quia tutores non ab herede, sed à testatore protinus proficiscuntur; simul atque aliquis heres extitit, vt eleganter ait *l. tutores*, *ff. de testam. tut.* Et hæc quidem ratio placet satis: nam & ipse heres, vt est in *d. l. tutores*, tutor dari potest. Sed eâdem ratione directa libertas ante heredis institutionem dari potuit, quoniam à testatore proficiscitur, nec præstatur ab herede. Idem dici potuit de legato per vindicationem, quod rectâ viâ à testatore ad legatarium transire dicitur in *l. à Titio*, *ff. de furt.* Et tamen constat neque legatum, neque libertatem dari potuisse ante heredis institutionem, *vulgato* §. *ante*, *infrà*, *de legatis.* Respondeo, verissimum esse quod Cujacius docuit ad *tit. de fiduc. tut. in posteriorib. notis.* nullas fere esse rationes juris, quæ non aliqua ex parte claudicent. Hoc tamen receptum fuit in legatis & libertatibus; quia vt ait *d.* §. *ante*, testamenta ab heredis institutione vim accipiunt. At quando tutor datur, qui & institui dicitur à M. Tull. *lib.* 1. *de orat.* heres vel dominus instituitur quodammodo, est enim tutor domini vel heredis loco, *l. tutor* 27. *ff. de administr. tutor*, *l.* 4. §. *si pupilli*, *ff. de vsurp. & vsucap. l.* 2. *C. de quæstionib.* hac ratione à tutore relictum fideicommissum, velut ab ipso pupillo valet, *l. peto*, §. *mater*, *ff. de leg.* 2. *l. codicillis*, §. *qui Semproniam*, *ff. de vsu & vsufruc. legato*, *l.* 5. *C. de reb. credit. l. etiam* 20. *C. de fideicommiss.*

§. IV.

§. IV. Certæ autem rei[5] vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ, vel rei datur. *Ex Vlp. l. 12. de testā. tut.*

[5] CERTÆ AVTEM REI] Potest ramen dari tutor rei Syriacæ, vel Africanæ, *l. si tamen, ff. de testam. tut.* Sed hoc modo dividitur tutela per regiones vel provincias, quod permittitur testatori, vel Magistratui *l. inter tutores, ff. de administr. tut. l. 2. C. de divid. tut.* non autem datur tutor certæ rei, vel liti; sed vniversitati patrimonii Italici, vel provincialis.

*[5] CERTÆ AVTEM REI] Tutor datur principaliter personæ, rebus autem per consequens, *l. quia, ff. de testam. tut.* nec rebus quidem certis, sed vniversitati bonorum pupilli, *l. certarum, ff. eod. tit.* nisi res separatæ, & in diversis provinciis constitutæ sint, nec ab vno tutore commodè possint administrari, puta, quòd aliæ sint in Syria, aliæ in Africa, *l. si tamen, ff. eod.* hoc enim casu dividere tutelam per regiones aut provincias permittitur testatori, aut Magistratui, *l. inter tutores, ff. de administrat. tutor. l. 2. Cod. de divid. tut.* non autem tutoribus ipsis, *d. l. 2.*

§. V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione postumus vel postuma continetur. Quòd si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? dicendum est vt ipsis quoque dati videantur, si modò liberos dixit. Ceterùm si filios, non continebuntur. aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè si postumis dederit, tam filii postumi, quàm ceteri liberi continebuntur. *Ex Vlp. l. 5. & seq. l. 16. eod.*

De legitima adgnatorum tutela.

CAPVT XV.

QVIBVS autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§. I. Sunt autem adgnati[1], cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, nepósve ex eo: item patruus & patrui filius, nepósve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed aliàs naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem scilicet tu illi eodem jure jungeris: quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur. *Ex Mod. l. 4. §. 1. & Vlp. l. 10. de grad. & affinib.*

LEGITIMI tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt, ait Vlp. *lib. Reg. tit. 11.* sed per eminentiam legitimi dicuntur, qui à lege XII. tab. introducuntur; seu propalam, id est expressis verbis, vt agnati; seu per consequentiam, id est ex sententia legis sine verbis, vt patroni. Et quamvis testamento tutores dati ex eadem lege

descendant, vt hac ratione non impropriè legitimi dici possint, argumento *l. 130. ff. de verb. sign.* Hi tamen non legitimi, sed vt speciali nota designentur, dativi dicuntur: quoniam lex XII. tab. confirmat datos à parente. Et hæc est Vlp. mens *d. tit.* 11. cujus initio legendum, *tutores aut legitimi sunt, aut senatusconsulto constituti, aut moribus introducti*, vulgò malè in omnibus libris, *tutores autem legitimi sunt*, quod miror Cujacium non emendasse.

* TESTATORE non providente lex providet, ideóque deficiente testamentario tutore, lex XII. tab. proximiorem agnatum tutorem dat filiis, quibus pater non dedit testamento, *l. 1. & 5. ff. de legitim. tut.* qui tutor legitimus, sicut & ea tutela legitima appellatur; quòd à lege sine facto hominis, id est sine parentis aut Magistratus ministerio datur. Quamquam enim legitimi tutores dicantur quicumque ex lege aliqua descendunt, apud Vlpianum *lib. Reg. tit. de tutelis*; per eminentiam tamen legitimi dicuntur, qui lege XII. tab. introducuntur propalam, id est expressis verbis, quales sunt agnati. vnde si plures sunt agnati in eodem gradu, omnes ipso jure tutores fiunt, quamvis vtilitatis causâ administratio tutelæ vni dari possit, *l. 5. §. in legitimis, ff. de legitim. tut.* Ad agnatos autem cùm hereditatis pupillaris commodum pertineat, ad eosdem onus tutelæ pertinere debet, *l. secundum naturam, l. quò tutela, ff. de Reg. jur.* quod & summâ providentiâ constitutum fuisse ait *d. l. 1. ff. de legitim. tut.* vt, nimirum, ii qui sperarent hanc pupilli successionem habere, iidem tuerentur bona pupilli ne dilapidarentur. Notandum tamen est, quod hîc Iustinianus de agnatis dicit, id etiam ad cognatos pertinere, postquam scilicet, *Novella sua* 118. sustulit agnatorum & cognatorum differentiam, voluítque omnes pariter ad legitimam successionem, & tutelam vocari.

[1] SVNT AVTEM AGNATI] Cognatio vel est legitima, vel naturalis. Legitima est, quæ per virilis sexus personas conjungitur, vt Caius ait in *coll. legis Mosaicæ cum L. Rom. tit.* 11. vel qui agnatorum jus habent, ex Vlp. in *l. 12. §. vlt. ff. de ritu nupt.* hæc agnatio dicitur. Naturalis est, quæ per feminini sexus personas nobis conjungitur, & communi & naturali nomine cognatio dicitur. Agnatis virilis sexus, vt nominatim ait Vlp. *d. tit.* defertur tutela lege XII. tab. quamvis lege XII. tab. feminæ agnatæ sint, *§. & hæc quidem, infrà, de legitima agnat. success.* Sed non semper vbi est successionis emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet, puta interveniente personâ, quæ tutelam gerere non potest, *§. vlt. infrà, de legitima patron. tut.*

§. II. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. quod tunc quoque accidere intellegitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit. *Ex Paul. l. 6. de legitim. tut.*

§. III. Sed adgnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque [2] perimitur. nam adgnatio juris est nomen. cognationis verò jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non vtique.

[2] PLERVMQVE] Ait plerumque, quoniam minimâ capitis minutione non tollitur agnatio, in casibus notatis à Cujacio in notis priorib. ex §. 1. *infrà, de success.*

cognat. §. vlt. infrà, de gradib. cognat. l. frater, C. de legitim. tut. l. nec lucrum, C. de curator. fur. l. si ab eo, l. vlt. C. de legitim. hered.

*[2] PLERVMQVE] Ait plerumque, quia minima capitis diminutio, cujusmodi est emancipatio, certis quibusdam casibus non perimit jus familiæ, & consequenter nec jus tutelæ; vt patet in emancipatione Anastasiana, quæ neutrum adimit, *l. frater, Cod. de legitim. tutel. l. nec lucrum, Cod. de curat. furios.* Idem quoque obtinet in emancipatione Iustinianea, *l. vlt. Cod. de legitim. hered.*

De capitis deminutione.

CAPVT XVI.

EST autem capitis deminutio, prioris status commutatio, eáque tribus modis accidit[1]. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

CAPVT hoc loco dicitur liberum caput, vel persona civis Rom. cujus status, vel ratione Reipublicæ, vel ratione familiæ, id est rei privatæ, consideratur. vt non malè duplex status constituatur, publicus, & privatus. Primus est status civis. Secundus est hominis dumtaxat, vt eleganter Vlp. loquitur *lib. Reg. tit. de tutel. §. minima.* Sed primus propriè status sine vlla adjectione, quo sensu idem Vlp. in *l. 1. §. capitis, ff. ad SC. Tertyll.* minorem capitis minutionem contingere ait salvo statu. quem statum absolutè vocat Vlpianus, Callistratus libertatem vocare videtur in *l. pen. § vlt. ff. de extraord. cognit.* Et hoc sensu, maximam capitis diminutionem contingere ait, cùm libertas adimitur; & Vlpianus, cùm status amittitur. Deportatus enim, quamvis retineat libertatem illam, quam naturalem vocamus, quámque peregrini habent; non est tamen liberum caput, quia civili libertate caret, quam non solùm M. Tull. vt serviat Volateranorum causæ, vocat *ex jure Quiritium, in fine orat. pro Cæcinna,* sed etiam Seneca *lib. 3. natur. quæst. Hæc res,* inquit, *efficit non ex jure Quiritium liberum, sed ex jure naturæ.* Et Marcianus Iurisconsultus in *l. 5. § vlt. ff. de statu hom. Quæsitum est,* inquit, *si ancilla pregnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut civitate expulsa pepererit, liberum an servum pariat.* Expulsa civitate, est deportata, *l. vlt. ff. de legationib.* quam parum aut nihil ab ancilla distare Marcianus docet, dum quærit, an liberum caput, id est civem Rom. parere possit. Ex his apparet, vel civitate amissâ mutari propriè statum, & libertatem quodammodo amitti, & ita contingere maximam capitis minutionem; quia mutatur status, vel libertas civis; status publicus, libertas publica, quæ respectu Reipublicæ consideratur. At quoties mutatur status hominis dumtaxat, status privatus familiæ, quem homo privatim habet in familia: tunc contingit minor capitis minutio, salvo statu publico, salvâ libertate publicâ. Et ita duobus tantùm modis contingit capitis minutio, vt rectissimè Cujac. *in posterioribus notis.* Verumenimvero, vt juris divisionem, quam nostri bimembrem faciunt, non ineleganter Ausonius fecit trimembrem; vt duplex sit jus publicum; aliud sacrum, quod consistit in sacris, & sacerdotibus; aliud quod consistit in Magistratibus: quod & in jure sæpe fieri docet idem præstantiss. vir *lib. 15. Obs. cap. 33.* Sic magna capitis minutio scinditur in

duas, & divisio bimembris fit trimembris. Nam qui deportatus retinet libertatem naturalem, & ea quæ sunt juris gentium, mediam quamdam capitis minutionem patitur, inter eam quæ maxima dicitur, & eam quæ minima. hic enim qui minimam patitur, quamvis civitatem & libertatem retineat, id est statum publicum, libertatem publicam, publica jura civitatis, vt loquitur *l. 6. ff. de capit. minut.* amittit tamen pristinum statum privatum. Nam vel est emancipatus, & in imaginariam servilem quamdam causam deducitur, & amittit jus sui, jus agnationis, *l. 3. §. 1. & d. l. 6. ff. de capit. minut.* vel adrogatur, & hoc casu omnino non habet liberum caput, quod antea habuit. Et ideo tutela, quæ dicitur vis ac potestas in capite libero, finitur adrogatione, *l. si adrogati, ff. de tutelis.*

*[1] EAQVE TRIBVS MODIS ACCIDIT] Cives Romani tribus quasi personis olim induebantur, quæ à præstantiori parte capita appellantur. habebant enim libertatem, civitatem, familiam; illam à natura, istam à patria, hanc denique à genere, *l. 3. ff. de interdict. & releg.* quorum trium aliquid qui amisisset, capite minui dicebatur, id est caput amittere, vel statum commutare. Est enim capitis diminutio, prioris status commutatio. Et licèt hîc triplex capitis diminutio esse dicatur, duplex tantùm status constituitur ab Vlp. *in Fragm: tit. de tutel. §. minima.* Publicus vnus, qui ratione Reipublicæ; privatus alter, qui ratione familiæ, id est rei privatæ consideratur. Publicus dicitur status civis; privatus, status hominis. Publicus absolutè, & sine vlla adjectione hominis status dicitur, & mutatur cùm libertas & civitas amittitur: privatus, cum adjectione hominis status dicitur, *§. minima, infrà, hoc tit.* & mutatur cùm quis familiam mutat, id est cùm desinit esse ejus familiæ cujus antea fuerat, salvo tamen statu publico, id est salvâ civitate & libertate, *l. 5. §. fin.* & *l. seq ff. de cap. minut.* vt hinc rectissimè Cujacius dixerit *in posteriorib. notis*, duobus tantùm modis contingere capitis diminutionem, factâ bimembri divisione. Ait enim, Capitis diminutio est magna, aut minor; magna comprehendit maximam & mediam, *l. 1. §. si filius, ff. de suis & legitim. hered. l. 1. §. capitis, ff. ad Senatusconsultum Tertyll.* Ideòque Iustinianus hoc loco scindens magnam capitis diminutionem in maximam & mediam, trimembrem divisionem rectè facit.

§. I. Maxima capitis deminutio est, quum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit, quod accidit in his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis, vt ingratis erga patronos condemnatis: vel qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

§. II. Minor sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur quod accidit ei, cui aqua & igni [2] interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est [3].

*[2] QVOD ACCIDIT EI, CVI AQVA ET IGNI] Obstat *l. cognitionum, §. consumitur, ff. de variis & extraordinariis cognit.* Vbi is cui aquâ & igni interdictum est, libertatem amittere dicitur. Respondeo in *d. §. consumitur*, libertatem appellari, quam statum sine vlla adjectione appellat Vlpianus in *l. 1. §. capitis, ff. ad Senatusconsultum Tertyll.* vt hæc sit libertas civilis, & ex jure Quiritium, quæ hac media capitis diminutione amittitur, salvâ libertate naturali, & his omnibus quæ sunt ex jure gentium.

[3] QVI IN INSVLAM DEPORTATVS EST] Vel qui patitur exilium, quod vice deportationis est, vt Iurisconsultus loquitur in *l. 14. §. is demum, ff. de bonis libertor.* Exilium enim triplex esse dicitur in *l. 5. ff. de interdict. & relegat. aut certorum locorum*

interdictio, vt lata fuga, sic lego, non *aut lata fuga*; vt apud Capitolin. in Macrino, liberum exilium. *aut omnium locorum præter certum locum, aut insulæ vinculum, id est relegatio.* malè vulgò omnes libri, *aut lata fuga, vt omnium locorum.* Nam interdictio omnium locorum præter certum locum, non est lata fuga, sed est deportatio, vel exilium vice deportationis. Et ineptum glossema de deportatione irrepsit ex margine in contextum in *l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebell.* illo loco, *cui liber factus fideicommissum restitui velit.* Deportatus enim non amittit electionem, *l. cùm pater, §. hereditatem, ff. de legatis* 2. nec vt eligere possit desideratur restitutio Principis, vt sciolus existimabat, qui annotaverat hæc verba, *liber factus.* legendum omnino *cui*, supple liberorum, aut filiorum, *fideicommissum restitui velit.*

* [3] VEL EI QVI IN INSVLAM DEPORTATVS EST] Deportatio successit in locum interdictionis aquæ & ignis, *l. 3. ff. ad l. Iul. pecul.* Ideóque ad mediam capitis diminutionem pertinet. Sed obstat *l. 17. §. si quis rogatus, ff. ad Senatusconsultum Trebell.* vbi deportatus post restitutionem liber factus esse dicitur Ergo antea erat servus, ergo deportatio est maxima capitis minutio. Respondeo cum D. Cujacio, in *d. §. si quis*, legendum esse, *cui liberorum*, non vt vulgò malè, *qui liber factus est.*

§. III. Minima capitis deminutio est quum & civitas & libertas retinetur, sed status hominis commutatur. quod accidit in his, qui quum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contrà.

§. IV. Servus autem manumissus, capite non minuitur: quia nullum caput habuit.

§. V. Quibus autem dignitas [4] magis, quàm status permutatur, capite non minuuntur: & ideo Senatu motum capite non minui constat. *Ex Mod. l. 3. de Senat.*

* [4] QVIBVS AVTEM DIGNITAS] Dignitas caput non est, sed eâ ablatâ vel datâ, honor tantùm minuitur vel augetur, *l. falsa 33. §. sed si cui, ff. de condit. & demonstrat.* Et hinc Modestinus senatu motum capite non minui probat; quia Romæ ei morari licet, *l. 3. ff. de Senatorib.*

§. VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus & post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat. manet enim cognatio. nam si maxima capitis deminutio currat, jus quoque cognationis perit, vt puta servitute alicujus cognati: & ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

§. VII. Quum autem ad adgnatos tutela pertineat: non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes, veluti si plures fratres sunt qui vnum gradum obtinent: idcóque pariter ad tutelam [5] vocantur. *Ex Caio l. 4. de legit. tut.*

* [5] IDEOQVE PARITER AD TVTELAM] Sicut ad successionem legitimam omnes qui in eodem gradu sunt pariter vocantur, ita & ejusdem gradus agnati ad tutelam. Sed ne administratio tutelæ in plures divisa negligentiùs procuretur, solet vni decerni, *l. 5. §. in legitimis, ff. de legitim. tut.* quod & Iustinianus tam in cog-

de his qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intellegemus ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac priùs dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

* HÆC est tertia personarum divisio, quæ pertinet ad eos qui sui juris & potestatis sunt, *l. 4. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* ad eos eásve qui neque in potestate parentum, neque in manu, mancipióque sunt, *l. pen. §. 1. ff. quod. falso tut. l. si putas, Cod. de petit. hered. l. 1. Cod. de patr. potest.* & alibi passim. in quo numero pupillus est; qui ideo ab impubere distinguitur, quòd omnis pupillus sit paterfamilias, *l. pupillus 239. ff. de verb. sign.* non verò omnis impubes. & quòd etiam pupilli nomine non ætas tantùm significatur, sed conditionis status; impuberis nomine, ætas sola. Negat tamen Cujacius eos qui sub tutorum & curatorum potestate agunt, suæ potestatis esse, *lib. 21. Obs. cap. 23.* idque evincit ex *l. obligari 43. ff. de oblig. & act. l. novare 20. ff. de novationib.* & *l. 2. ff. de pollicitationib.* quibus omnibus locis ait, patremfam. non aliter obligari posse, aut obligationem novare, quàm si sui juris, & potestatis sit. Ergo non omnis paterfam. hoc ipso quod paterfamilias est, inquit, sui juris est; alioquin in dictis legibus frustra, & perperam addita fuissent hæc verba, *sui juris, & potestatis.* Sed dici potest eos qui in tutela sunt, diverso respectu esse sui juris, & non esse; sunt enim sui juris inspectâ potestate patriâ quâ soluti sunt: Et hoc modo quicumque paterfam. est; idem & sui juris est. Non sunt sui juris inspectâ auctoritate tutoris, quâ suo arbitrio agere prohibentur; quò respiciens D. Paulus *epist. ad Galatas cap.* 4. ait, pupillum à servo non differre. *Quanto tempore*, inquit, *parvulus heres est, non differt à servo, cùm sit dominus omnium, sed sub tutoribus.*

[1] QVÆ IN POTESTATE NON SVNT] Qui sunt suæ potestatis, vel sui juris; his enim verbis, *in capite libero*, non tantùm excludit servum, sed etiam liberum hominem si alieni juris sit. Et tamen præstantissimus Cujac. eos, qui sub tutoribus, vel curatoribus degunt, non esse suæ potestatis, vel juris sui probare tentavit *lib. 21. Obs. cap. 23. & lib. 25. cap. 28.* ex *l. obligari 43. ff. de obligat. & action. l. novare 20. ff. de novation. l. 2. §. 1. ff. de pollicitat.* quod vix possum admittere; quia quamvis non sint suæ tutelæ, vt loquitur *l. quoties, §. 1. ff. de administrat. tutor.* sunt tamen suæ potestatis, & sui juris. Et quod ait *d. l. obligari, suæ potestatis pubes*, dictum videtur ad differentiam servi, vel impuberis. Suæ potestatis igitur, id est homo liber, vt colligere licet ex § 1. *ejusdem legis*, vbi nominatim Iurisconsultus ait servum non posse obligari. Idem quoque dicendum est de *d. l. 20. novare possunt qui sui juris sunt.* Hoc enim dicit ad differentiam servi, qui nec peculiarem obligationem sine voluntate domini novare potest, *l. servus, ff. eod. tit. de novat.* Eamdem esse sententiam *l. 2. §. 1. de pollicitat.* satis apparet ex contextu.

§. I. Est autem tutela[2] (vt Servius definivit) vis ac potestas in capite libero[3] ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa[4]. *Ex Paulo l. 1. eod.*

[2] EST AVTEM TVTELA] Hæc vis est auctoritas, vel efficacitas, Gell. *lib. 5. cap. 19. Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatémque fas non est.* Eâdem formâ vis Præturæ dicitur in *l. 2. §. 1. ff. de judic.* Plautus *Bacchidibus: Postquam quidem Prætor recuperatores dedit, damnatus demum vi coactus reddidit.* non malè igitur Accursius postremo loco, *Vis ad cogendum, potestas ad imperandum.* Phædrus *in fabulis:*

Ranæ vagantes liberis paludibus,
Clamore magno Regem petiere à Iove,
Qui dissolutos mores vi compesceret.

M. Tullius Tuscul. 5. *Vis omnis ac potestas deorum*, & in *l.* 1. *ff. de noxalib. action. Vis & potestas harum actionum hæc est.* Vim igitur, & potestatem habet tutor in caput liberum, cujus moribus & rebus præficitur, *l. cùm plures*, §. *cum tutor. ff. de administrat. & peric. tut.* Datur enim personæ principaliter, rebus verò per consequentias.

*[3] IN CAPITE LIBERO] Id est in caput liberum, quibus verbis excluditur non solùm servus, sed & filiusfam. Nec obstat primò quod habetur in *l. fin.* §. *minores*, *Cod. de sentent. passis*, datum tutorem filio post deportationem patris, reverso & restituto patre beneficio Principis, & consequenter reducto filio in ejusdem patris potestatem, tutorem esse non desinere. manet enim tutor datus, *d.* §. *minores*, licèt filius sit in potestate patris; propter ejusmodi patris dissolutos mores, nequitiam, & luxuriam. Nec obstat secundò *l. si impuberi*, *ff. de tutorib. & curatorib. dat.* vbi *servo impuberi tutor datur*; quia ita demum valet illa datio tutoris, si servus qui de statu suo litigat, qui de servitute petitur in libertatem, liber sit; quod eventus litis declaraturus est.

[4] IVRE CIVILI DATA AC PERMISSA] His verbis intelligi leg. XII. tab. viri docti existimant, quæ tutelam defert agnatis, ac parentibus permittit tutores dare, *l.* 1. *ff. de testam. tut. l.* 1. *ff. de legitim. tut.* quam interpretationem confirmant hæc verba, *data ac permissa*; vt data referatur ad legitimam, quæ à lege agnatis datur directò; permissa ad testamentariam, quæ permitti dicitur parentibus, §. *permissum*, *hoc tit.* Verius tamen esse existimo post leges XII. tab. jus civile, id est interpretationem prudentum, constituisse ea quæ propriè pertinent ad hanc vim, & potestatem, quam tutores legitimi, & testamentarii habent. Et hoc est quod ait Vlp. *l.* 5. §. *Iulianus*, *ff. de administrat. & peric. tutor.* formam tutelæ fuisse antiquitus constitutam, id est antiquo illo jure, quod ab initio post leg. XII. tab. esse cœpit, vt loquitur *l.* 1. *ff. de curatorib. furios.*

*[4] IVRE CIVILI DATA AC PERMISSA] Tutela triplex est, legitima, testamentaria, & dativa. Duæ priores ex jure civili, id est ex leg. XII. tab. descendunt, *l.* 1. *ff. de legitim. tut. l.* 1. *ff. de testam. tutel.* Tertia, ex aliis legibus, de quibus infrà in *tit. de Attil. tut.* Datur autem seu defertur legitima tutela ipso jure, & ipsâ lege dictante, *l.* 5. *& d. l.* 1. *ff. de legitim. tut.* Testamentaria autem ipso jure non datur, sed permittitur leg. XII. tab. factâ potestate parentibus tutores dare filiis, quos habent in sua potestate, *d. l.* 1. *ff. de testament. tutel. l. verbis legis* 120. *ff. de verb. signif.* nec tantùm filiis, sed & nepotibus; si modò tempore facti testamenti sint sui heredes; vel si post factum testamentum vivo avo, ex secundo capite legis Velleiæ succedant. Eo enim casu valet datio tutoris, quasi in hunc casum facta fuerit, quo, tempore mortis avi, sui heredes futuri sunt, *l. si hereditas*, §. *qui filium*, *ff. de testam. tut.*

§. II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, éxque ipsa re nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores: sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

§. III. Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiásque procedit omnimodo. Nepotibus tamen neptibúsque ita demum pa-

rentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

§. IV. Quum autem in compluribus [5] aliis causis postumi pro jam natis habentur, & in hac causa [6] placuit non minùs postumis, quàm jam natis testamento tutores dari posse: si modò in ea causa sint, vt si vivis parentibus nascerentur, sui, & in potestate eorum fierent.

*[5] CVM AVTEM IN COMPLVRIBVS] Qui in vtero est, quodammodo in rerum natura esse existimatur, *l. 7. ff. de suis & legitim. l. qui in vtero, ff. de statu hom.* quare vt jure civili, id est interpretatione prudentum, receptum posse eum institui, si in ea causa sit vt si nascatur suus heres sit testatori; sic & eodem jure constitutum est, posse ei testamento tutorem dari.

[6] ET IN HAC CAVSA] Qui in vtero sunt, id est postumi, si nati sui heredes futuri sint, rectè instituuntur; siquidem post mortem parentis nascantur, ex jure civili; si vivo parente, ex lege Iulia Velleia, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit. 22. §. eos qui in vtero.* Iis igitur tutores quoque dari placuit prudentibus. Itémque his qui postumorum loco sunt, *l. postumorum, ff. de injusto rupto*, id est nepotibus qui mortuo patre avo vivo succedunt in locum suorum: si modò ex provisione legis Velleiæ instituti, vel nominatim exheredati sunt, *l. 1. §. 1. l. 10. §. qui filium, ff. de testament. tutel.* Confirmatur igitur tutela postumorum qui post mortem nascuntur jure civili, ceterorum qui vivo parente agnascuntur, vel quasi agnascuntur, l. Velleia, vt docet *d. §. qui filium*, & quod est in *§. vlt. seq. tit. plane si postumis dederit*, (sic legendum, stulti enim sunt qui legunt, *posteris*) *ceteri liberi continentur*, id est etiam nepotes, & pronepotes, postumi, & qui postumorum loco sunt, vt eruditissimè Accurs. adnotavit.

§. V. Sed si emancipato [7] filio tutor à patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione. *Ex Modest. l. 1. de confirm. tut.*

[7] SED SI EMANCIPATO] Tutela datur jure patriæ potestatis *l. impuberi, ff. de administrat. tutor.* non rectè igitur datur filio emancipato tutor, sed Prætor sequitur judicium patris, & confirmat tutorem à patre datum, vel à matre, vel ab extraneo, *l. Nesennius, ff. de excusat.* Si modò heres fuerit institutus; mater enim videtur potiùs in rem tutorem dare, quàm in personam, *l. pater, ff. de testament. tutel.*

*[7] SED SI EMANCIPATO] Potestas quæ parentibus facta est dandi tutoris filiis, ex duplici causa dependet: nimirum ex jure testandi, & ex patria potestate. Hinc sequitur, patrem filio emancipato, aut naturali, id est, ex concubinatu nato, tutorem dare non posse. quamquam tamen datio hæc non sit omnino inutilis; solet enim Prætor eorum sequi judicium, qui minùs jure testamento tutores dant, *l. 1. ff. de confirm. tut.* Aliquando omnimodo, id est sine inquisitione, *l. 4. ff. de testament. tut. & hoc nostro tit.* Hoc enim casu, vt eleganter Theophilus, sufficere videtur defuncti patris testimonium. Sed si ab aliis personis, quæ jus dandi non habent, datus fuerit tutor iis quos heredes instituerunt, non aliàs quàm cum inquisitione tutor confirmatur; veluti datus ab extraneo, *l. Nesennius, ff. de excusat.*

vel à matre, *d. l. 4. ff. de testam. tut.* & *l. 2. ff. de confirm. tut.* vel à patrono, *l. si patronus, eod.* vel à patre naturali filio naturali cui nihil relinquit, *l. naturali, ff. de confirm. tut.*

Qui testamento tutores dari possunt.

CAPVT XIV.

DARI autem potest tutor non solùm paterfamilias, sed etiam filiusfamilias[1].

* [1] SED ETIAM FILIVSFAM.] Licèt filiusfamilias sit in potestate patris, pupillum tamen habere potest in sua potestate, *l. Lucius Titius, ff. de administrat. tutor. l. si filiusfam. ff. de tutel.* quoniam in muneribus publicis, quale est tutelæ munus, vt probat Iustinianus in *princ. tit. de excusat. tut. infrà*, filiusfam. pro patrefam. habetur, *l. filiusfam. ff. de his qui sunt sui vel al. jur. l. ille à quo, §. fin. juncta, l. seq. ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

§. I. Sed & servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est eum & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam[2] accepisse videri, & per hoc rectè tutorem esse. Planè si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita, quum liber erit, vtiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

[2] LIBERTATEM DIRECTAM] Notissimi sunt loci quibus constat fideicommissariam dari non directam, vt in *l. 10. §. vlt. ff. de testam. tutel. l. etsi non adscripta, C. de fideicommiss. libertatib.* quamvis Paulus directam dedisse videatur in *l. quæro, §. Lucius Titius, ff. de testam. tut.* fortè quoniam hanc fuisse defuncti voluntatem constabat ex his verbis, *Lucius Eros tutor esto.* Observandum est enim, testatorem qui tutorem dedit, proprio nomine, vel prænomine fuisse vocatum Lucium; vt qui proprio nomine domini ab ipso domino honoratur, sine vlla dubitatione directam libertatem accepisse censeatur. Servi enim libertate donati patroni nomine honorabantur, vt docet Tertull. in *lib. de resurrectione carnis.* Sed fideicommissariam competere ex prudentum sententia ait *d. l. etsi non adscripta.* Paulus tamen directam dabat in specie, *d. §. Lucius Titius.* Cujus sententiam generaliter probat Iustin. Proponitur igitur hoc loco decisio juris veteris controversi similis decisioni ejusdem Iustiniani, quæ extat in *l. pen. C. de necessariis servis hered. instit.* Olim servus proprius ex sententia plurium, vt est in *principio tit. de heredib. instit. infrà*, inutiliter sine libertate instituebatur; & hoc est, ni fallor, quod Phœbadius ait in *elegantiss. libello contra Arianos, Cum legamus*, inquit, *servum sine libertate non posse esse heredem.* Sed ex sententia Attilicini veteris Iurisconsulti, Iustinianus instituto servo libertatem dedit, & quidem directam. Eàdémque ratione ei qui tutor institutus est, directam libertatem competere vult. Nam si dicamus fideicommissariam tantùm competere, initio non rectè tutor datus erit: sed priùs præstanda erit libertas, & deinde incipiet competere tutela, *l. qui tutelam, §. 1. ff. de*

testam. tut. idque obtinet beneficio Senatusconsulti Dasumiani, vt Paulus exposuit *lib.* 4. *Sent. tit.* 13. §. *vlt.* quod Theoph. non intellexit. Sed hos circuitus vitandos esse monet Iustin. Et eodem tempore servum liberum, & tutorem existere, si jure tutor datus sit. Et observa quæso quod ait, *& per hoc rectè tutorem esse*, id est purè tutorem esse ab initio. Eâdem ratione rejicit Iustin. Sabini sententiam, qui alienum servum purè testamento vtiliter dari tutorem existimabat, eique deferebat fideicommissariam libertatem; argumento ducto à proprio servo purè tutore dato. Sed huic datur hodie directa ex hac decisione, quæ dari non potest alieno : in eo igitur qui purè datus est, aut directam voluit competere Iustin. aut nullam.

*[2] LIBERTATEM DIRECTAM] Directa libertas, an fideicommissaria competat, servo proprio sine libertate tutore dato, jure olim controversum est. volebant enim alii directam libertatem competere, vt Paulus in *l. quæro*, §. *Lucius Titius*, *ff. de testam. tut.* alii fideicommissariam tantùm, *l. etsi non adscripta*, *Cod. de fideicommiss. libertat. l. generaliter*, §. *si quis tutorem*, *ff. de fideicom. libert.* Sed tandem Iustinianus sequutus est sententiam eorum qui volebant directam libertatem competere, *l. pen. Cod. de necess. serv.* invitâ licèt Iurisprudentiâ, vt pluribus probat Cujacius *lib.* 18. *Obs. cap.* 5.

§. II. Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tutor erit, cùm compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

§. III. Ad certum tempus[3], seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis[4] institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.

*[3] AD CERTVM TEMPVS] Obstat quòd datio tutoris sit actus legitimus: actus autem legitimi non recipiunt diem neque conditionem, *l. actus legitimi*, *ff. de Reg. juris.* Respondeo illud verum esse in dativa tutela, quæ à Magistratibus defertur, *l. muto*, §. 1. *ff. de tutelis*, non in testamentaria, de qua hîc loquitur, & quæ non est actus legitimus.

[4] VEL ANTE HEREDIS INSTITVTIONEM] An quia tutores non ab herede, sed à testatore protinus proficiscuntur; simul atque aliquis heres extitit, vt eleganter ait *l. tutores*, *ff. de testam. tut.* Et hæc quidem ratio placet satis : nam & ipse heres, vt est in *d. l. tutores*, tutor dari potest. Sed eâdem ratione directa libertas ante heredis institutionem dari potuit, quoniam à testatore proficiscitur, nec præstatur ab herede. Idem dici potuit de legato per vindicationem, quod rectâ viâ à testatore ad legatarium transire dicitur in *l. à Titio*, *ff. de furt.* Et tamen constat neque legatum, neque libertatem dari potuisse ante heredis institutionem, *vulgato* §. *ante*, *infrà*, *de legatis.* Respondeo, verissimum esse quod Cujacius docuit ad *tit. de fiduc. tut. in posteriorib. notis.* nullas fere esse rationes juris, quæ non aliqua ex parte claudicent. Hoc tamen receptum fuit in legatis & libertatibus; quia vt ait *d.* §. *ante*, testamenta ab heredis institutione vim accipiunt. At quando tutor datur, qui & institui dicitur à M. Tull. *lib. 1. de orat.* heres vel dominus instituitur quodammodo, est enim tutor domini vel heredis loco, *l. tutor* 27. *ff. de administr. tutor. l.* 4. §. *si pupilli*, *ff. de vsurp. & vsucap. l.* 2. *C. de quæstionib.* hac ratione à tutore relictum fideicommissum, velut ab ipso pupillo valet, *l. peto*, §. *mater*, *ff. de leg.* 2. *l. codicillis*, §. *qui Semproniam*, *ff. de vsu & vsufruc. legato*, *l.* 5. *C. de reb. credit*, *l. etiam* 20. *C. de fideicommiss.*

§. IV.

§. IV. Certæ autem rei[5] vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ, vel rei datur. *Ex Vlp. l. 12. de testã. tut.*

[5] CERTÆ AVTEM REI] Potest tamen dari tutor rei Syriacæ, vel Africanæ, *l. si tamen, ff. de testam. tut.* Sed hoc modo dividitur tutela per regiones vel provincias, quod permittitur testatori, vel Magistratui *l. inter tutores, ff. de administr. tut. l. 2. C. de divid. tut.* non autem datur tutor certæ rei, vel liti; sed vniversitati patrimonii Italici, vel provincialis.

* [5] CERTÆ AVTEM REI] Tutor datur principaliter personæ, rebus autem per consequens, *l. quia, ff. de testam. tut.* nec rebus quidem certis, sed vniversitati bonorum pupilli, *l. certarum, ff. eod. tit.* nisi res separatæ, & in diversis provinciis constitutæ sint, nec ab vno tutore commodè possint administrari, puta, quòd aliæ sint in Syria, aliæ in Africa, *l. si tamen, ff. eod.* hoc enim casu dividere tutelam per regiones aut provincias permittitur testatori, aut Magistratui, *l. inter tutores, ff. de administrat. tutor. l. 2. Cod. de divid. tut.* non autem tutoribus ipsis, *d. l. 2.*

§. V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione postumus vel postuma continetur. Quòd si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? dicendum est vt ipsis quoque dati videantur, si modò liberos dixit. Cæterùm si filios, non continebuntur. aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè si postumis dederit, tam filii postumi, quàm ceteri liberi continebuntur. *Ex Vlp. l. 5. & seq. l. 16. eod.*

De legitima adgnatorum tutela.

CAPVT XV.

QVIBVS autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§. I. Sunt autem adgnati[1], cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, nepósve ex eo: item patruus & patrui filius, nepósve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed aliàs naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem scilicet tu illi eodem jure jungeris: quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur. *Ex Mod. l. 4. §. 1. & Vlp. l. 10. de grad. & affinib.*

LEGITIMI tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt, ait Vlp. *lib. Reg. tit. 11.* sed per eminentiam legitimi dicuntur, qui à lege XII. tab. introducuntur; seu propalam, id est expressis verbis, vt agnati; seu per consequentiam, id est ex sententia legis sine verbis, vt patroni. Et quamvis testamento tutores dati ex eadem lege

descendant, vt hac ratione non impropriè legitimi dici possint, argumento *l. 130. ff. de verb. sign.* Hi tamen non legitimi, sed vt speciali nota designentur, dativi dicuntur: quoniam lex XII. tab. confirmat datos à parente. Et hæc est Vlp. mens *d. tit.* 11. cujus initio legendum, *tutores aut legitimi sunt, aut senatusconsulto constituti, aut moribus introducti*, vulgò malè in omnibus libris, *tutores autem legitimi sunt*, quod miror Cujacium non emendasse.

* TESTATORE non providente lex providet, ideóque deficiente testamentario tutore, lex XII. tab. proximiorem agnatum tutorem dat filiis, quibus pater non dedit testamento, *l. 1. & 5. ff. de legitim. tut.* qui tutor legitimus, sicut & ea tutela legitima appellatur; quòd à lege sine facto hominis, id est sine parentis aut Magistratus ministerio datur. Quamquam enim legitimi tutores dicantur quicumque ex lege aliqua descendunt, apud Vlpianum *lib. Reg. tit. de tutelis*; per eminentiam tamen legitimi dicuntur, qui lege XII. tab. introducuntur propalam, id est expressis verbis, quales sunt agnati. vnde si plures sunt agnati in eodem gradu, omnes ipso jure tutores fiunt, quamvis vtilitatis causâ administratio tutelæ vni dari possit, *l. 5. §. in legitimis, ff. de legitim. tut.* Ad agnatos autem cùm hereditatis pupillaris commodum pertineat, ad eosdem onus tutelæ pertinere debet, *l. secundum naturam, l. quò tutela, ff. de Reg. jur.* quod & summâ providentiâ constitutum fuisse ait *d. l. 1. ff. de legitim. tut.* vt, nimirum, ii qui sperarent hanc pupilli successionem habere, iidem tuerentur bona pupilli ne dilapidarentur. Notandum tamen est, quod hîc Iustinianus de agnatis dicit, id etiam ad cognatos pertinere, postquam scilicet, *Novella sua* 118. sustulit agnatorum & cognatorum differentiam, voluítque omnes pariter ad legitimam successionem, & tutelam vocari.

[1] SVNT AVTEM AGNATI] Cognatio vel est legitima, vel naturalis. Legitima est, quæ per virilis sexus personas conjungitur, vt Caius ait in *coll. legis Mosaicæ cum l. Rom. tit.* 11. vel qui agnatorum jus habent, ex Vlp. in *l. 12. §. vlt. ff. de ritu nupt.* hæc agnatio dicitur. Naturalis est, quæ per feminini sexus personas nobis conjungitur, & communi & naturali nomine cognatio dicitur. Agnatis virilis sexus, vt nominatim ait Vlp. *d. tit.* defertur tutela lege XII. tab. quamvis lege XII. tab. feminæ agnatæ sint, *§. & hæc quidem, infrà, de legitima agnat. success.* Sed non semper vbi est successionis emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet, puta interveniente personâ, quæ tutelam gerere non potest, *§. vlt. infrà, de legitima patron. tut.*

§. II. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. quod tunc quoque accidere intellegitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit. *Ex Paul. l. 6. de legitim. tut.*

§. III. Sed adgnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque [2] perimitur. nam adgnatio juris est nomen. cognationis verò jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non vtique.

[2] PLERVMQVE] Ait plerumque, quoniam minimâ capitis minutione non tollitur agnatio, in casibus notatis à Cujacio in notis priorib. ex §. 1. *infrà, de success.*

cognat. §. *vlt. infrà, de gradib. cognat. l. frater, C. de legitim. tut. l. nec lucrum, C. de curator. fur. l. si ab eo, l. vlt. C. de legitim. hered.*

*² PLERVMQVE] Ait plerumque, quia minima capitis diminutio, cujuſmodi eſt emancipatio, certis quibuſdam caſibus non perimit jus familiæ, & conſequenter nec jus tutelæ; vt patet in emancipatione Anaſtaſiana, quæ neutrum adimit, *l. frater, Cod. de legitim. tutel. l. nec lucrum, Cod. de curat. furioſ.* Idem quoque obtinet in emancipatione Iuſtinianea, *l. vlt. Cod. de legitim. hered.*

De capitis deminutione.

CAPVT XVI.

EST autem capitis deminutio, prioris ſtatus commutatio, eáque tribus modis accidit[1]. Nam aut maxima eſt capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

CAPVT hoc loco dicitur liberum caput, vel perſona civis Rom. cujus ſtatus, vel ratione Reipublicæ, vel ratione familiæ, id eſt rei privatæ, conſideratur. vt non malè duplex ſtatus conſtituatur, publicus, & privatus. Primus eſt ſtatus civis. Secundus eſt hominis dumtaxat, vt eleganter Vlp. loquitur *lib. Reg. tit. de tutel.* §. *minima.* Sed primus propriè ſtatus ſine vlla adjectione, quo ſenſu idem Vlp. in *l. 1.* §. *capitis, ff. ad SC. Tertyll.* minorem capitis minutionem contingere ait ſalvo ſtatu. quem ſtatum abſolutè vocat Vlpianus, Calliſtratus libertatem vocare videtur in *l. pen.* § *vlt. ff. de extraord. cognit.* Et hoc ſenſu, maximam capitis diminutionem contingere ait, cùm libertas adimitur; & Vlpianus, cùm ſtatus amittitur. Deportatus enim, quamvis retineat libertatem illam, quam naturalem vocamus, quámque peregrini habent; non eſt tamen liberum caput, quia civili libertate caret, quam non ſolùm M. Tull. vt ſerviat Volateranorum cauſæ, vocat *ex jure Quiritium, in fine orat. pro Cæcinna,* ſed etiam Seneca *lib. 3. natur. quæſt. Hæc res,* inquit, *efficit non ex jure Quiritium liberum, ſed ex jure naturæ.* Et Marcianus Iuriſconſultus in *l. 5.* § *vlt. ff. de ſtatu hom. Quæſitum eſt,* inquit, *ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta, aut civitate expulſa pepererit, liberum an ſervum pariat.* Expulſa civitate, eſt deportata, *l. vlt. ff. de legationib.* quam parum aut nihil ab ancilla diſtare Marcianus docet, dum quærit, an liberum caput, id eſt civem Rom. parere poſſit. Ex his apparet, vel civitate amiſsâ mutari propriè ſtatum, & libertatem quodammodo amitti, & ita contingere maximam capitis minutionem; quia mutatur ſtatus, vel libertas civis; ſtatus publicus, libertas publica, quæ reſpectu Reipublicæ conſideratur. At quoties mutatur ſtatus hominis dumtaxat, ſtatus privatus familiæ, quem homo privatim habet in familia: tunc contingit minor capitis minutio, ſalvo ſtatu publico, ſalvâ libertate publicâ. Et ita duobus tantùm modis contingit capitis minutio, vt rectiſſimè Cujac. *in poſterioribus notis.* Verumenimvero, vt juris diviſionem, quam noſtri bimembrem faciunt, non ineleganter Auſonius fecit trimembrem; vt duplex ſit jus publicum; aliud ſacrum, quod conſiſtit in ſacris, & ſacerdotibus; aliud quod conſiſtit in Magiſtratibus: quod & in jure ſæpe fieri docet idem præſtantiſſ. vir *lib. 15. Obſ. cap. 33.* Sic magna capitis minutio ſcinditur in

duas, & divisio bimembris fit trimembris. Nam qui deportatus retinet libertatem naturalem, & ea quæ sunt juris gentium, mediam quamdam capitis minutionem patitur, inter eam quæ maxima dicitur, & eam quæ minima. hic enim qui minimam patitur, quamvis civitatem & libertatem retineat, id est statum publicum, libertatem publicam, publica jura civitatis, vt loquitur *l. 6. ff. de capit. minut.* amittit tamen pristinum statum privatum. Nam vel est emancipatus, & in imaginariam servilem quamdam causam deducitur, & amittit jus sui, jus agnationis, *l. 3. §. 1. & d. l. 6. ff. de capit. minut.* vel adrogatur, & hoc casu omnino non habet liberum caput, quod antea habuit. Et ideo tutela, quæ dicitur vis ac potestas in capite libero, finitur adrogatione, *l. si adrogati, ff. de tutelis.*

* [1] EAQVE TRIBVS MODIS ACCIDIT] Cives Romani tribus quasi personis olim induebantur, quæ à præstantiori parte capita appellantur. habebant enim libertatem, civitatem, familiam; illam à natura, istam à patria, hanc denique à genere, *l. 3. ff. de interdict. & releg.* quorum trium aliquid qui amisisset, capite minui dicebatur, id est caput amittere, vel statum commutare. Est enim capitis diminutio, prioris status commutatio. Et licèt hic triplex capitis diminutio esse dicatur, duplex tantùm status constituitur ab Vlp. *in Fragm. tit. de tutel. §. minima.* Publicus vnus, qui ratione Reipublicæ; privatus alter, qui ratione familiæ, id est rei privatæ consideratur. Publicus dicitur status civis; privatus, status hominis. Publicus absolutè, & sine vlla adjectione hominis status dicitur, & mutatur cùm libertas & civitas amittitur: privatus, cum adjectione hominis status dicitur, *§. minima, infrà, hoc tit.* & mutatur cùm quis familiam mutat, id est cùm desinit esse ejus familiæ cujus antea fuerat, salvo tamen statu publico, id est salvâ civitate & libertate, *l. 5. §. fin.* & *l. seq. ff. de cap. minut.* vt hinc rectissimè Cujacius dixerit *in posteriorib. notis*, duobus tantùm modis contingere capitis diminutionem, factâ bimembri divisione. Ait enim, Capitis diminutio est magna, aut minor; magna comprehendit maximam & mediam, *l. 1. §. si filius, ff. de suis & legitim. hered. l. 1. §. capitis, ff. ad Senatusconsultum Tertyll.* Ideóque Iustinianus hoc loco scindens magnam capitis diminutionem in maximam & mediam, trimembrem divisionem rectè facit.

§. I. Maxima capitis deminutio est, quum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit, quod accidit in his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis, vt ingratis erga patronos condemnatis: vel qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

§. II. Minor sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur quod accidit ei, cui aqua & igni [2] interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est [3].

* [2] QVOD ACCIDIT EI, CVI AQVA ET IGNI] Obstat *l. cognitionum, §. consumitur, ff. de variis & extraordinariis cognit.* Vbi is cui aquâ & igni interdictum est, libertatem amittere dicitur. Respondeo in *d. §. consumitur*, libertatem appellari, quam statum sine vlla adjectione appellat Vlpianus in *l. 1. §. capitis, ff. ad Senatusconsultum Tertyll.* vt hæc sit libertas civilis, & ex jure Quiritium, quæ hac media capitis diminutione amittitur, salvâ libertate naturali, & his omnibus quæ sunt ex jure gentium.

[3] QVI IN INSVLAM DEPORTATVS EST] Vel qui patitur exilium, quod vice deportationis est, vt Iurisconsultus loquitur in *l. 14. §. is demum, ff. de bonis libertor.* Exilium enim triplex esse dicitur in *l. 5. ff. de interdict. & relegat. aut certorum locorum*

interdictio, vt lata fuga, sic lego, non *aut lata fuga*; vt apud Capitolin. in Macrino, liberum exilium. *aut omnium locorum præter certum locum, aut insulæ vinculum, id est relegatio.* malè vulgò omnes libri, *aut lata fuga, vt omnium locorum.* Nam interdictio omnium locorum præter certum locum, non est lata fuga, sed est deportatio, vel exilium vice deportationis. Et ineptum glossema de deportatione irrepsit ex margine in contextum in *l. ex facto*, §. *si quis rogatus, ff. ad Trebell.* illo loco, *cui liber factus fideicommissum restitui velit.* Deportatus enim non amittit electionem, *l. cùm pater*, §. *hereditatem, ff. de legatis* 2. nec vt eligere possit desideratur restitutio Principis, vt sciolus existimabat, qui annotaverat hæc verba, *liber factus.* legendum omnino *cui*, supple liberorum, aut filiorum, *fideicommissum restitui velit.*

* [1] VEL EI QVI IN INSVLAM DEPORTATVS EST] Deportatio successit in locum interdictionis aquæ & ignis, *l.* 3. *ff. ad l. Iul. pecul.* Ideóque ad mediam capitis diminutionem pertinet. Sed obstat *l.* 17. §. *si quis rogatus, ff. ad Senatusconsultum Trebell.* vbi deportatus post restitutionem liber factus esse dicitur Ergo antea erat servus, ergo deportatio est maxima capitis minutio. Respondeo cum D. Cujacio, in *d.* §. *si quis*, legendum esse, *cui liberorum*, non vt vulgò malè, *qui liber factus est.*

§. III. Minima capitis deminutio est quum & civitas & libertas retinetur, sed status hominis commutatur. quod accidit in his, qui quum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contrà.

§. IV. Servus autem manumissus, capite non minuitur: quia nullum caput habuit.

§. V. Quibus autem dignitas [4] magis, quàm status permu- *Ex Mod. l.*
tatur, capite non minuuntur: & ideo Senatu motum capite *3. de Senat.*
non minui constat.

* [4] QVIBVS AVTEM DIGNITAS] Dignitas caput non est, sed eâ ablatâ vel datâ, honor tantùm minuitur vel augetur, *l. falsa* 33. §. *sed si cui, ff. de condit. & demonstrat.* Et hinc Modestinus senatu motum capite non minui probat; quia Romæ ei morari licet, *l.* 3. *ff. de Senatorib.*

§ VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus & post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat. manet enim cognatio. nam si maxima capitis deminutio currat, jus quoque cognationis perit, vt puta servitute alicujus cognati: & ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

§. VII. Quum autem ad adgnatos tutela pertineat: *Ex Caio l.*
non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm qui proxi- *4. de legit.*
miore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad om- *tut.*
nes, veluti si plures fratres sunt qui vnum gradum obtinent: ideóque pariter ad tutelam [5] vocantur.

* [5] IDEOQVE PARITER AD TVTELAM] Sicut ad successionem legitimam omnes qui in eodem gradu sunt pariter vocantur, ita & ejusdem gradus agnati ad tutelam. Sed ne administratio tutelæ in plures divisa negligentiùs procuretur, solet vni decerni, *l.* 5. §. *in legitimis, ff. de legitim. tut.* quod & Iustinianus tam in cog-

natis, quàm agnatis, qui proximi sunt & idonei ad tutelam, jubet observari; vno de multis electo, cui tota res curæ sit omnium periculo, *Novella* 118.

De legitima patronorum tutela.

CAPVT XVII.

EX eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberósque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quòd hereditates libertorum libertarúmque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberósve eorum pertinere: crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & adgnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jussit: quia plerumque, vbi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus, plerumque, quia si à femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, quum alius sit tutor[1].

Ex Vlp. l. 5. §. si duo, & l. 1. de legit. tut.

HÆc tutela non descendit ex verbis expressis XII. tab. sed ex sententia & interpretatione. Et rectè tamen esse dicitur ex leg. XII. tab. *l. 6. §. 1. ff. de verb. sign.* Nec enim specialiter, vel nominatim delata fuit patronis, sed per consequentias hereditatum, vt Vlp. loquitur in *l. 3. ff. de legit. tut.* Hanc legitimam tutelam lex Claudia, quæ, vt Vlp. ait *lib. Reg. tit. de tutel.* legitimas tutelas feminarum pupillarum sustinet, id est suspendit, inhibet, differt ad tempus; vt innumeris juris nostri locis, quos abunde suggerunt Lexicographi. Hanc, inquam, legitimam patronorum tutelam lex Claudia non sustinebat. Patronus enim, etiam post legem Claudiam, pupillæ libertæ legitimus tutor erat, vt docet insignis locus Papiniani in *l. si impuberi, ff. de tutorib. & curator. dat.* Agnatus verò ex lege Claudia tutelam legitimam pupillæ recusabat, *l. 3. Cod. de legitim. tut.* Et dandus interim erat pupillæ tutor à Prætore, qui tutor esse desinebat pupillæ pubertate; & suspensa legitima tutela agnati ad eumdem recurrebat, qui in negotiis jam puberis feminæ auctoritatem tantùm præstabat; negotia verò ipse non gerebat, vt Vlp. docet *eod. tit. §. pupillorum.* Tutela hæc est quæ dicitur perpetua feminarum, quæ separanda est à tutela pupillarum; hanc agnatos obire noluit lex Claudia; illam verò omnino pertinere, & recurrere ad agnatos, etiam pupillos, docuit idem Vlp. *eod. tit. §. ex l. Iulia*, vbi ex autographo legendum esse docuit Cujacius, *si legitimum tutorem pupillum habeat*, *lib. 17. Obs. cap. 28.* Non sustulit igitur tutelas legitimas feminarum lex Claudia; verùm inhibuit, & distulit ad tempus agnatorum tutelas, exceptâ nominatim tutelâ patronorum. Ita enim scripsisse Vlpianum contendo: *Feminarum enim legitimas tutelas lex Claudia sustinet, exceptâ tutelâ patronorum*, conjunctâ scripturâ. hoc ve-

rissimum esse convincit id quod jam præmunivi. Et hanc lectionem necessariam esse duabus insuper rationibus convinco. Prima hæc est; quoniam sequens clausula, *legitima tutela capitis diminutione amittitur*, sine vlla exceptione proferenda est; vt etiam profert idem Vlp. in *l.* 5. §. *vlt. ff. de legitim. tut.* & cùm ait, *capitis diminutione*, hæc regula accipienda esse videtur generaliter de omni capitis diminutione. Tutelam autem legitimam patroni saltem mediâ & maximâ amitti, nemo negat; de minima quæri & tractari potest, sed hoc nolo. Secunda ratio hæc est validissima; quia Vlpianus jam docuit quantum ad agnatos pertinet, hodie Cessitiam tutelam non procedere, (cedebatur enim in jure tutela feminarum, non masculorum.) Cur ait, *quantum ad agnatos?* cur vtitur hac taxativa loquendi forma, quæ necessaria non est, si generaliter dicamus legem Claudiam sustinere omnem legitimam tutelam feminarum? hoc igitur Vlp. dixit ad differentiam tutelæ patronorum, quæ legitima quoque dicitur, & in lege Claudia nominatim excepta fuit, vt suprà docui. Quantum igitur ad agnatos pertinet, non quantum ad patronos, qui post legem Claudiam legitimi sunt tutores libertarum pupillarum: Cessitia enim tutela in patronis procedere potest. Multis in locis malè interpunctum, & distinctum fuisse hunc libellum elegantissimum magnus interpres docuit. Restabat hic insignis, sic meo judicio restituendus, & explicandus.

* [1] CVM ALIVS SIT TVTOR] His verbis insinuat Iustin. mulierem regulariter tutricem esse non posse, quòd tutela munus virile sit, *l.* 1. *Cod. quando mul. tut. offic. fungi pot. l. fin. ff. de tut.* Excipiuntur tamen mater, & avia, *Nov. Iustin.* 118. *cap.* 5. & mater quidem si ad secundas nuptias non convolaverit, nam secundò nubens, repentè expellitur à tutela, *Novella* 94. *cap.* 2.

De legitima parentium tutela.

CAPVT XVIII.

EXEMPLO patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur [1]. nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit. *Hic tit. ex l. 2. in princ. de legit. tut.*

ATQVI parens manumissor non legitimus, sed fiduciarius tutor dicitur ab Vlp. *lib. Reg. tit. de tutel.* §. *qui liberum.* Legitimus enim tutor est, qui vel ex verbis, vel ex sententia legis tutor datur. Parens autem neque ex sententia legis dici potest legitimus; quia non ei lege XII. tab. nominatim defertur hereditas filii, quem emancipavit, id est manumisit: sed hoc interpretatione primùm receptum fuit, parentem manumissorem exemplo patroni succedere filio emancipato, qui hoc casu liberti exitum pati dicitur in *l.* 1. *ff. si à parente quis manumiss.* Et hoc admisso; fuit quoque admissum per consequentias successionis, hunc parentem esse tutorem filii. Est igitur similitudo similitudinis, consequentia consequentiæ. & ideo meritò, qui hoc induxerunt, hunc tutorem separarunt à legitimis; & speciali nomine vocarunt fiduciarium; quia contractâ fiduciâ cum imaginario emptore, (quem Vlp. vocat coëmptorem, Caius fiduciarium patrem) hac expressa lege,

& conventione, tertio loco mancipatur filius; vt imaginarius emptor rursus remancipet patri naturali, qui tandem manumissor existat. Et quia hoc casu emancipatio contractâ fiduciâ fieri dicebatur, §. *vlt. infrà, de legitim. agnat. success. & in constitut. Græca de jure patronat. quam dedit Cujac. lib.* 20. *Obs. cap.* 34. (Parens enim contractâ fiduciâ manumissor erat; & beneficio hujus fidei interpositæ succedebat filio, tamquam patronus.) fiduciarius tutor dictus fuit veteribus: vt & imaginarius emptor, quem patrem fiduciarium vocat Caius. si hoc nominatim, & expressè non egerit pater naturalis, vt hic fiduciarius pater teneatur filium tertio loco mancipatum remancipare. Hoc enim casu fiduciarius pater hereditatem, & tutelam filii nanciscitur, & dicitur extraneus manumissor in §. 3. *infrà, de bonor. possess.* ad differentiam patris manumissoris. quæ omnia certissima esse constat ex Caio *tit. 6. Inst.* Cujus verba ex fide veteris libri MS. sic restituenda sunt illo loco, *Et ii ipsi quamlibet vnâ mancipatione de patris, vel avi potestate exeunt, nisi à patre fiduciario remancipati fuerint, & à patre naturali manumissi, succedere eis pater naturalis non potest, sed fiduciarius à quo manumissi sunt succedit.* Cæterùm vsu tandem receptum fuit, parentem dici legitimum tutorem; quia vicem legitimi obtinet, *l.* 3. §. *vlt. ff. de legitim. tut.*

* [1] ET IPSA LEGITIMA VOCATVR] Fiduciariam vocat Vlp. *lib. Reg. tit. de tutel.* §. *qui liberum*, scilicet ex contracta fiducia cum imaginario emptore. & rectè quidem; hæc enim parentum tutela, neque ex verbis leg. XII. tab. neque ex sententia & interpretatione hujus legis descendit. Non ex verbis legis, nam lex XII. tab. de agnatis tantùm loquitur; non ex sententia & interpretatione, quia filii emancipati hereditatem patri non defert, vt patrono defert hereditatem liberti. Sed postquam tandem admissum est hereditatem ad patrem pertinere, exemplo patroni, quasi filius esset libertus, & pater emancipator patronus, *l.* 1. *ff. si à parente quis manumiss. fuer.* motibus quoque receptum est, vt exemplo patronorum parentes filiorum suorum emancipatorum legitimi tutores dicerentur, *l.* 3. §. *fin. ff. de legitim. tut.*

De fiduciaria tutela.

CAPVT XIX.

EST & alia tutela quæ fiduciaria appellatur[1]: nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit: legitimam nanciscitur eorum tutelam. quo defuncto si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis & ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo[2] tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret: ideóque nec in tutelam. Libertus autem si servus mansisset, vtique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita

Ex Vlp. d. l. 3. §. vlt. & Mod. l. 4. de legit. tut.

tamen

tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ ætatis sunt. quod nostra constitutio generaliter [3] in omnibus tutelis & curationibus observari præcepit.

PARENS igitur, qui olim dicebatur tutor fiduciarius, dici tandem cœpit legitimus. Sed liberi hujus parentis manumissoris non potuerunt dici legitimi; quia liberi patroni dicuntur legitimi, quia & ipsi patroni, *l. 9. filii, ff. de jure patronatus.* Parens legitimus dictus est non impropriè, habitâ ratione successionis; quæ ratio cessat in liberis; quia non vt liberis patroni debetur eis hereditas, *l. 1. §. liberos, ff. si à parente quis manumiss.* Retinent igitur fiduciarii nomen, quod olim parens habebat. Ratio quâ Iustinianus vtitur manifestò claudicat in patribus, qui liberorum suorum impuberum ab avo manumissorum tutores fiduciarii sunt, vt docuit Cujac. Sed rationes juris antiqui, & immutati speciales, proprias, & exactas, reddere non solent auctores juris: quamvis aliquando soleant decisiones juris duplici ratione communire; vel vt rhetores loquuntur, αἰτιάσει καὶ ἀντιπαραστάσει, vt in *l. 14. ff. de servitut. l. si tutor, ff. de administrat. tutor. & l. ita tamen, §. à patre, ff. ad Trebell.* αἰτίασις igitur simpliciter hoc loco proponitur; quia fratres non reciderent in potestatem fratrum. quæ ratio generalis non est, sed addenda est ἀντιπαράστασις: quia etsi nepotes reciderent in potestatem patris, pater tamen, id est filius avi, pro patrono non haberetur; quia ipse non manumisit, sed avus: & omnis parens à quo transio hæc tutela ad liberos, initio dictus fuit fiduciarius, non legitimus. Obtinuit deinde dici legitimum, ad similitudinem patroni legitimi: sed non potuit vltrà procedere similitudo, & remansit in liberis vetus hoc fiduciarii nomen.

* [2] ATQVI PATRONO LEGITIMO] Distinctio quam facit Iustin. hoc loco, inter parentis & patroni filios, hoc modo rectiùs inducta videretur: quia filius patroni servum manumissurus erat, nisi manumissus fuisset, ideo legitimus ejus tutor est. Filius autem parentis numquam manumissurus erat fratrem, quia numquam frater futurus erat in ejus potestate; ideo non legitimus, sed fiduciarius tutor dicitur. Ratio enim hîc allata à Iustiniano plusquam manifestè claudicat in patribus, qui filiorum suorum impuberum ab avo manumissorum, post mortem avi tutelam recipiunt, vt docet Cujac. *in posteriorib. notis.*

* [3] NOSTRA CONSTITVTIO GENERALITER IN OMNIBVS] Olim & ante Iustinianum minores 25. annis legitimi tutores esse poterant, magisque illos excusabat quàm removebat à tutela minor ætas, *§. item major, infrà, de excus. tutor. l. non solùm, §. si libertus, ff. eod.* Sed Iustinianus periculosum ratus admitti minores ad tutelas, & curas; statuit generaliter & indistinctè neminem idoneum tutorem & curatorem esse, qui non complevisset annos 25. *l. fin Cod. de legitim. tut. & dicto §. item major.* Et rectissimè quidem, nam cùm ante eam ætatem rei suæ administratio nulli committatur, *l. 1. ff. de minorib.* quomodo alterius personæ committetur?



K

De Atiliano tutore, & eo qui ex lege Iulia & Titia dabatur.

CAPVT XX.

SI cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in vrbe quidem Roma à Prætore vrbano, & majore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis verò à Præsidibus provinciarum ex lege Iulia & Titia.

§. I. Sed & si testamento[1] tutor sub conditione, aut die certo datus fuerat: quamdiu conditio aut dies pendebat, ex hisdem legibus tutor dari poterat. Item si purè datus fuerat: quamdiu ex testamento nemo heres existat[2], tamdiu ex hisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret. *Ex Vlp. l. tit. de testam. tut.*

NVLLIS existentibus tutoribus testamentariis, legitimis, vel quasi legitimis, id est fiduciariis; dabatur tutor à Magistratu: in vrbe ex lege Atilia, in provinciis ex lege Iulia, & Titia. Hic autem tutor non impropriè dici potuit legitimus; legitimus enim est, qui ex lege aliqua descendit, vt ait Vlp. *d. tit.* II. vbi separat nominatim legitimum, ab eo qui datur senatusconsulto, & ab eo qui datur moribus. Trimembrem enim facit tutoris divisionem, emendatâ lectione vt hîc docui. Sed legitimus subdividitur in legitimum ex leg. XII. tab. qui hoc commune nomen proprium fecit, & dativum testamentarium, & Atilianum dativum. Malè aliquando præstantiss. Cujac. existimabat legitimos dici tutores senatusconsulto constitutos, & moribus introductos, deceptus corruptâ lectione Vlpiani. Sed omnino legendum est, *tutores aut legitimi sunt*, &c. Obtinuit igitur nomen legitimi propriè hodie pertinere ad eum, quem lex XII. tab. dat tutorem; vel nominatim, vel per consequentias: non ad eum quem confirmat, vel alia lex dat; ii enim alio nomine differentiæ causâ dativi dicti sunt.

* AGITVR hîc de tertia specie tutelæ, quæ dativa dicitur; definitúrque actus legitimus, per quem tutor datur impuberi à Magistratu, testamentariis tutoribus, vel legitimis non extantibus. Dativa dicitur; quia nec à testatore, nec à lege XII. tab. sed à Magistratu datur.

[1] SED ET SI TESTAMENTO] His tribus casibus, & aliis quibusdam necessaria fuerunt senatusconsulta, *l. pen. ff. de tutelis*, & *l. si quis sub conditione, ff. de testam. tut.* quæ leges superiores traherent ad hos casus. & ideo rectè ait *ex his legibus*, quamvis in *l. tutelas, ff. de capite minutis*, tutor qui datur à lege, separetur à tutore qui datur ex senatusconsulto. sic quadrans ex fideicommissaria hereditate detrahi dicitur, vel ex lege Falcidia, vel ex senatusconsulto Pegasiano; quia Pegasianum traxit legem Falcidiam ad hunc casum.

[2] NEMO HERES EXISTAT] Exheredato, puta, filio impubere, cui datur tutor; & extraneo herede instituto, qui non vult adire. Sed quid dicendum est, si

post mortem testatoris tutor mortuus sit; hoc casu ex §. *pen. infrà, de legitim. agnatorum tutela*, argumento à contrario sensu, definiendum videtur non succedere legitimum; quia ait locum esse legitimo, si vivo testatore tutor decesserit. Vlp. tamen in *d. l. si quis sub conditione.* & Paulus in *l. intestato, ff. de legitim. tutor.* hoc casu, moriente tutore post mortem, locum dant legitimo, hac solâ ratione freti; quoniam hoc casu senatusconsultum cessat. Placet tamen Cujacio Vlpianum, & Paulum loqui de tutore, qui vivo testatore decesserit, quod profectò verba non innuunt. Existimo igitur obtinuisse tandem moriente tutore post mortem, & hoc casu ratione tutelæ intestatum decedere testatorem, & locum dari legitimo.

§. II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur: qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii. *Ex Vlp. l. 1. & 2. de legit. tut.*

§. III. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari[3], posteaquam primò Consules[4] pupillis vtriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde Prætores[5] ex constitutionibus. nam supradictis legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore: neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quicquam cavebatur.

* [3] DESIERVNT DARI] Quia absque inquisitione dabantur, neque dati compellebantur suscipere tutelam, vt hîc subjicit Iustinianus.

[4] CONSVLES] Ex constitutione Claudii. de qua Sueton. *in Claudio cap. 23. Sanxit vt pupillis extra ordinem tutores à Consulibus darentur*, id est præter eos, qui jure ordinario in vrbe ex l. Atilia tutores dabant.

* [4] POSTEAQVAM PRIMO CONSVLES] Postea cœperunt dari tutores ex inquisitione à Consulibus, idque ex constitutione Claudii: sanxit enim, vt refert Sueton. *in Claudio cap. 23.* vt pupillis extra ordinem tutores darent Consules ex inquisitione. Fiebat autem inquisitio per scribas, & officiales, an tutor datus esset solvendo, an bene moratus, an diligens, an bonus paterfam. an esset vagus aut erro, Cujacius ad *l. tutores, ff. de confirm. tut.*

[5] DEINDE PRÆTORES] Ex constitutione D. Marci, qui, vt Capitolin. scribit, primus Prætorem tutelarem fecit, quem Iudicem tutelarem vocat Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 16.*

* [5] DEINDE PRÆTORES EX CONSTITVTIONIBVS] Ex constitutione primùm D. Marci, qui, vt Capitolinus scribit, primus Prætorem tutelarem fecit. Deinde ex aliis Imperatorum constitutionibus, ex quibus tutores cavere rem pupilli salvam fore compelluntur, §. 1. *infrà, de satisdat. tutor.* & administrare tutelam, *ff. de administrat. tutor.*

§. IV. Sed hoc jure vtimur[6], vt Romæ quidem Præfectus vrbi, vel Prætor secundùm suam jurisdictionem: in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum[7], si non sint magnæ pupilli facultates.

[6] SED HOC IVRE VTIMVR] An ex *l. 1. C. de tutorib. & curator. illustr. person.* quod Cujac. sentire videtur. Sed in contrariam sententiam proclivior sum;

quia & ante hanc constitutionem reperio Præfectum vrbi, Prætorémque passim dedisse Romæ tutores, *l. pen.* §. *Romæ, ff. de excusat. tutor.* Et quoniam Præfectus vrbi in *d. l.* 1. solus non dat tutores, sed adhibitis decem Senatoribus, & ipso Prætore tutelari: in hoc verò §. separatim dant Præfectus vrbi, & Prætor: Et ideo quod ait *secundùm jurisdictionem suam*, sic intelligo, *secundùm officium suum*, vt in *l. neque per epistolam, C. de confir. tut.* & in *l. in locum, C. qui petant tut.* id est Præfectus vrbi extra ordinem, ex constitutione quadam nobis incognita; Prætor verò tutelaris jure ordinario.

7 MAGISTRATVS IVSSV PRÆSIDVM] Id est Magistratus municipales, eóque jure vtimur, inquit Vlp. *l. 3. ff. de tutorib. & curator. dat.* vbi quod ait, hos Magistratus habere jus dandi tutores; sic est accipiendum, jussu Præsidum, vt in *l. vbi, cod. tit. Vbi*, inquit, *absunt qui tutores dare possunt.* (supple, ex jussu Præsidum) *Decuriones jubentur*, à Præsidibus, nempe, vel Proconsulibus, *tutores dare.* Sed hæc verba videntur deesse in Pandectis, propter novam formam datam à Iustiniano constitutione sua, de qua in §. *seq.* ad quem vide notam posteriorem Cujacii.

* 7 IVSSV PRÆSIDVM] Id est ex præcepto Præsidum, *l. Lucius Titius 46.* §. *cum testamento, ff. de administrat. tutor.* non etiam tutoris datione delegatâ, quæ enim lege specialiter competunt, mandari non possunt, *l. 1. ff. de offic. ejus cui mandata est jurisdict.* Datio autem tutelæ lege specialiter competit, *l. 6. muto*, §. *tutoris datio, ff. de tutelis.*

§. V. Nos autem per constitutionem nostram[8] & hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectatâ jussione Præsidum disposuimus, si facultas pupilli, vel adulti vsque ad quingentos solidos[9] valeat, defensores civitatum vnà cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est, Magistratus, vel Iuridicum Alexandrinæ civitatis[10], tutores, vel curatores creare, legitimâ cautelâ secundùm ejusdem constitutionis normam præstandâ, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

* 8 NOS AVTEM PER CONSTITVTIONEM NOSTRAM] Novissimè tandem Iustinianus constituit, *l. 30. Cod. de Episcopali aud.* vt defensor civitatis vnà cum Episcopo tutores daret sine jussu Præsidis, si pupilli facultatés quingentos solidos non excederent. Erant autem defensores civitatum peculiares Magistratus, quos exemplo Tribunorum plebis qui Romæ erant, posteriores Cæsares curaverunt in singulis civitatibus creari. de quibus extat *tit. 55. libri 1. Cod.* & *Novella Iustin. 15.*

* 9 VSQVE AD QVINGENTOS SOLIDOS] Id est citra quingentos solidos, nam particula, *vsque*, sumitur hîc exclusivè, interprete Contio. Per solidos autem intellige aureos, vtriusque enim vocis eadem significatio est. Nec illos quidem solidos, seu aureos, ab Ethnicis Imperatoribus veteris Romæ signatos, quorum pondus & pretium variavit; sed à Christianis novæ Romæ Principibus effigiatos, qui singuli sextam vnciæ partem; id est septuaginta duo libram auri conficiebant, *l. 5. de susceptor. propositis, & arcariis, lib. 10. Cod.* Quos solidos sive aureos non solùm probavit Iustinianus, sed etiam precibus Vigilii Summi Pontificis inductus, vbique gentium in vtroque Imperio tam Occidentis, quàm Orientis, æstimationem suam ad negotia & contractus facilè explicandos retinere



Pragmatica Sanctio in hæc verba: *Sancimus solidos Romanorum Principum formâ signatos, sine permutationis dispendio, per omnes provincias ambulare.*

* 10 IVRIDICVM A[illegible]ANDRINÆ CIVITATIS] Octavius Cæsar post devictum Antonium, Ægyptum in tributariæ provinciæ formam redegit, eique Magistratum præposuit, qui Præfectus Augustalis dictus est, de cujus officio extat titulus in Pandectis. Sub hoc Præfecto erat Iuridicus qui Alexandriæ agebat, sic dictus; quia potissimum juri dicundo præerat.

§. VI. Impuberes [11] autem in tutela esse, naturali juri conveniens est: vt is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutelâ regatur.

11 IMPVBERES] Tutor datur huic fini, vt auctoritate ejus, & consilio regatur pupillus; & vt teneatur res pupilli administrare: datur enim moribus, & rebus. quod rationi naturali conveniens esse ait, quamvis tutela sit juris civilis. Et quod suprà diximus de religione, & de patria potestate; idem quoque de tutela dicendum est; præcepta quæ pertinent ad tutores, & ad formam tutelæ constituendam esse juris civilis; quamvis jure naturali religio, patria potestas, & tutela admittantur. Et valde notandum, §. *vlt. hoc tit.* esse de administratione tutorum, ex qua nascitur actio tutelæ; vt intelligamus rectè titulum de administratione tutorum præcedere titulum de auctoritate tutorum, de qua tractatur in tit. seq.

§. VII. Quum igitur pupillorum, pupillarúmque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelæ judicio rationes reddunt.

De auctoritate tutorum.

CAPVT XXI.

AVCTORITAS autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. vt ecce si quid dari sibi stipulatur: non est necessaria tutoris auctoritas. quòd si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quàm tutoris auctoritate. Vnde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis: si tutoris auctoritas non interveniat: ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur [1].

Ex Caio l. 9. eod.

ADMINISTRATIO separatur ab auctoritate, vt [illegible] Cod. ostendunt; & sic olim tutores feminarum [illegible] vt docet Vlp. tit. de tutel. [illegible] ministrare [illegible] admini[illegible]

Necessaria est igitur pupillis tutorum auctoritas, vt civiliter contrahant, & obligentur jure, id est vt aliquid agant. Vix enim reperiri possunt qui cum his, qui suæ tutelæ non sunt, contrahere velint sine tutoris auctoritate: & si qui sunt, non habent pupillos obligatos; quia receptum est pupillos posse suam conditionem facere meliorem, non deteriorem. quæ regula juris valde notanda efficit, vt in contractibus qui vno tantùm latere consistunt, & impropriè sunt contractus, *l. Labeo, 19. ff. de verb. sign.* puta, in stipulatione, non sit necessaria tutoris auctoritas, si sibi dari pupillus stipuletur; at contrà si promittat, necessaria est, & eâ non interpositâ nihil agitur. Et tamen credendo pecuniam pupillus sibi non potest obligare accipientem ratione propriâ; quia alienare non potest sine tutoris auctoritate, & mutuum non consistit sine translatione dominii, *l. obligari, ff. hoc tit.* in contractibus verò ex quibus nascuntur mutuæ obligationes, ex parte pupilli claudicabit contractus.

* AVCTORITAS est approbatio ejus quod agitur, *l. 3. ff. de auctorit. tutor.* quæ necessaria est pupillis, vt civiliter contrahant, & obligentur, id est vt aliquid agant nec frustra fit. Vix enim reperiri possunt, qui cum pupillis velint contrahere sine tutoris auctoritate; cùm receptum sit pupillos meliorem quidem suam conditionem facere posse sine tutoris auctoritate, deteriorem non posse. Vnde nata duplex regula est. Prima, quibus ex causis, sive contractibus pupilli meliorem suam faciunt conditionem, opus non est auctoritate tutoris; vt si dari sibi stipulentur, aut per traditionem aliquid accipiant, *l. obligari, ff. hoc tit. l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom.* & alibi passim. Exceptâ tamen hereditate, & bonorum possessione; quæ tametsi lucrosa sit, eam tamen adire, aut petere sine tutoris auctoritate non possunt; propter periculum, & ancipitem futuræ successionis eventum. nam heres adeundo obligatur creditoribus hereditariis, *§. heres quoque, infrà, de oblig. quæ ex quasi contr.* quorum aliqui apparent, & plerique postea emergunt. Secunda regula est, pupilli quibus ex causis suam conditionem deteriorem faciunt, sine tutoris auctoritate obligari non possunt. vt si quid damni auctore tutore acceperunt, hoc sarcire tutor cogatur finitâ tutelâ, *l. 1. ff. de tutel. & rationib.*

¹ PVPILLI NON OBLIGANTVR] Nisi locupletiores facti sint, *l. pupillus, ff. hoc tit. l. 3. §. pupillus, l. si pupilli, l. Nesennius 34. ff. de negot. gest. l. verum 9.* junctâ *l. seq. ff. de institor. act. l. 1. §. an in pupillum, ff. depositi.* Hoc enim casu D. Pius naturalem æquitatem sequutus actionem dedit. Et hoc est forsitan quod ait *d. l. pupillus*, naturaliter obligari pupillum ex constitutione D. Pii, qui hanc naturalem obligationem voluit parere actionem. Imò, & quamvis non sit factus locupletior pupillus; tenetur saltem naturali obligatione, quæ nullam parit actionem, vt in *l. Stichum, §. naturalis, ff. de solution.* quod multis legibus vulgò confirmatur, *l. si pupillus 35. ff. de recept. arbitr. l. vlt. ff. de jurejur. l. si pupillus 21. ff. ad l. Falcid. l. si pupillus 127. ff. de verb. obligat.* quam sententiam omnino confirmant *l. cùm illud, §. heres meus, ff. quando dies leg. l. Stichum 95. §. aditio, ff. de solution.* Obstat tamen *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb.* cum *l. pupillus 59. de obligat. & actionib.* Sed hæc omnia enucleatiùs explicare non est hujus instituti.

*¹ AT INVICEM PVPILLI NON OBLIGANTVR] Nisi locupletiores facti sint, *l. 5. §. pupillus, ff. hoc tit. l. si pupilli 6. ff. de negot. gest.* hoc enim casu D. Pius naturalem æquitatem sequutus, actionem dedit adversus pupillum, *l. 5. §. pupillus, ff. de negot. gest.* Quando autem locupletiores facti sunt, an naturaliter tantùm obligentur; anxia & perplexa quæstio est, de qua vide Cujac. *ad quæstiones Papin. in l. Stichum, §. aditio, ff. de solution.*

§. I. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illi lucrosa sit, nec vllum damnum habeat.

§. II. Tutor autem statim in ipso negotio[2] præsens debet auctor fieri[3], si hoc pupillo prodesse existimaverit. post tempus verò, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

[2] STATIM IN IPSO NEGOTIO] Obstat *l. si quis* 25. §. *jussum, ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Ait enim, etiam perfecto negotio posse interponi tutoris auctoritatem. sed respondeo cum Cujacio, auctoritatem tutoris interponi etiam posse, statim vt peractum est negotium, id est antequam aliquis alius actus intervenerit; quia quamdiu aliquis actus non intervenit, idem adhuc negotium esse videtur, *l.* 21. *Cod. de testam.* vt in hac juris parte idem pene sit, interponi statim in ipso negotio, & statim vt negotium peractum est.

[3] AVCTOR FIERI] Et quidem purè, id est sine vlla conditione, quamvis conditionalis contractus sit, *l. etsi, ff. hoc tit.*

§. III. Si inter tutorem pupillúmque judicium agendum sit, quia ipse tutor in re sua auctor esse non potest, non Prætorius tutor[4], vt olim, constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente judicium peragitur, & eo peracto curator esse desinit. *Ex Vlp. l. 1. de auctor. tut.*

[4] NON PRÆTORIVS TVTOR] Hic tutor moribus introductus fuit, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit. de tutel.* §. *moribus*. Et Prætorius, inquit, dictus fuit, quoniam à Prætore vrbis dari consuevit. Hodie non tutor, sed curator datur: hoc tamen admisso, in plerisque casibus curatorem dari posse, non tutorem; restabant quædam, in quibus tutoris auctoritas erat omnino necessaria. (Sic enim accipio *l. curatorem, ff. hoc tit.* junctâ *l. cùm in vna*, §. 1. *ff. de appellation.*) Sed & tandem obtinuisse videtur promiscuè dari posse tutorem, & curatorem; quoniam diligens observatio solemnium sensim labascere cœpit, *l. actio, ff. de negot. gest.*

Quibus modis tutela finitur.

CAPVT XXII.

PVPILLI pupillæque[1], quum puberes esse cœperint, tutelâ liberantur. Pubertatem autem[2] veteres quidem non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum bene putavit, quod in feminis & antiquis impudicum est visum esse, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo sanctâ constitutione promulgatâ, pubertatem in masculis, post quartum decimum annum completum, ilico initium accipere disposuimus: anti-

quitatis normam in femininis personis bene positam, suo ordine relinquentes, vt post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

[1] PVPILLI PVPILLÆQVE] Quod indistinctè scriptum est ex jure quod tandem obtinuit, feminas non esse in perpetua tutela. Vlpianus verò ex jure antiquo, *lib. Reg. tit. de tutel.* § *vlt.* separabat feminas à masculis, & scripserat feminas non liberari tutelâ pubertate, sed conventione in manum mariti: vt Boëtius docet *in Topic. Ciceron.* vel lege speciali, vt Liviæ, & Octaviæ datum fuisse Dio scribit *lib.* 58. vel libertinis jure quatuor liberorum ex lege Papia; vt idem Vlp. docet *eod. lib. tit. vlt.* Sed postquam ex constitutione D. Marci, omnes puberes minores 25. annis curatores indistinctè accipere cœperunt, id est etiam rem suam bene gerentes, *l.* 1. §. *vlt. ff. de minorib.* rectissimè Papinianus in *l.* 13. §. *vlt. ff. de tutorib. dat.* ait patronum legitimum tutorem pupillæ libertæ, pubertate pupillæ desinere esse tutorem; quoniam dandus est curator ex d. constitutione. finitâ verò curatione anno 25. rursus patronus ex jure antiquo libertæ legitimus tutor apparet; quamvis desinat esse tutor pubertate, id est desinat gerere & administrare: quoniam curatori defertur administratio, quo cessante, reviviscit perpetua tutela, quæ, vt suprà docui, non negotia administrat, sed auctoritatem tantùm præstat. Observa quod ait, *desinere esse tutorem*, non finiri tutelam. Hæc enim esse diversa rectè Cujac. notat ad §. *vlt. hoc tit.* quamvis hæc differentia non observetur semper, vt docet rubrica Cod. *quando tutores vel curatores esse desinant.* Ætate autem Vlp. & Papiniani, ceterorúmque Iurisconsultorum, remansisse multa vestigia perpetuæ tutelæ vt existimem, facit auctoritas Cujacii, qui in libris Pandectarum hanc perpetuam tutelam passim observat: vt in *l. qui jurasse, ff. de jurejur.* in *l. obligari, ff. de oblig. & action.* in *l.* 2. §. *hi qui, ff. de capite minut. lib.* 7. *Obs. cap.* 11. *& lib.* 22. *cap.* 20.

*[1] PVPILLI PVPILLÆQVE] Addit pupillæ ex jure novo, quo tandem sublata est differentia inter masculos & feminas, quod attinet ad tutelæ finitionem, nam jure veteri feminæ erant in perpetua tutela agnatorum, nec eâ liberabantur pubertate, sicut masculi, sed tantùm vel conventione in manum viri, (Vlpian. *in Fragm. tit. de tutel. statim initio*, & *Boëtius in Topica Ciceronis*) vel jure quatuor liberorum, si libertinæ fuissent, ex lege Papia Poppea. Vlpianus *in Fragm. tit. fin. vers. licet.*

[2] PVBERTATEM AVTEM] Hæc fuit media sententia Iavoleni, nam Sabiniani, quorum sectator fuit, ex solo habitu corporis pubertatem æstimabant, id est ex inspectione nudati corporis, vt ex pube & lanugine prima id constaret. D. Augustin. lib. 2. Confess. *Vbi me pater vidit in balneis pubescentem, & inquietâ adolescentiâ indutum, quasi jam ex hoc in nepotes gestiret, gaudens matri indicavit.* Rectè Augustin. *indutum*, inde enim à veteribus pubes, *vesticeps* dictus est, vt contrà impubes, *investis*. Sed contraria schola Proculeianorum annis æstimabat pubertatem, nullâ habitâ ratione habitus. Ideo Quintilian. lib. 4. cap. 2. Ex jure non constare ait, annis, an habitu æstimanda sit pubertas. Controversiam sedare voluit Iavolenus junctâ vtrâque sententiâ, quæ certior videtur Isidoro lib. 11. Etymolog. his verbis, *Certissimum autem puberem esse, qui & ex habitu corporis pubertatem ostendat.* Compilatores canonum demptâ ex Isidoro particulâ, *&*, sententiam Sabinianorum probare videntur, *cap.* 3. *de desponsat. impuber.* Nec tamen intelligunt inspectionem nudi corporis, sed vt Gregor. VII. loquitur *c.* 3. *eod. tit. in* 1. *collect.* gesticulationem

lationem corporis, sive gestamen, id est σχῆμα, vt rectè veteres Glossæ interpretantur. Et ita solet Prætor ex habitu corporis majores æstimare, *l. minor 32. ff. de minorib. de la mine, & contenance*, vt in idiotismo loquimur. Verumenimvero Proculianorum sententia, quam constitutione suâ probat Iustinianus, in *l. vlt. C. quando tutor vel curat. esse desin.* & ante Iustinianum, non solùm Iurisconsultorum responsis, *l. à qua atate, ff. qui testamenta facere possunt*, & apud Paulum *in Sententiis, tit. de testament.* sed etiam rescriptis Imperatorum comprobata fuerat, *l. 4. C. qui testamenta facere poss.* Et hoc est quod ait Macrobius, feminas maturiùs biennio legibus liberari, id est responsis prudentum, & rescriptis Imperatorum. Nec vt tentat nota posterior Cujac. intelligit leges Iuliam, & Papiam: responsa enim Iurisconsultorum leges à veteribus dictas fuisse, probatur locupletissimo testimonio Modestini in *l. 1. ff. de excusat. tutor.*

*² PVBERTATEM AVTEM VETERES] Sabiniani olim puberem eum esse dicebant, qui ex habitu nudati corporis pubes, id est idoneus ad generationem appareret. Proculiani autem, qui quatuordecim annos implevisset, non inspecto corpore. Priscus autem Iavolenus, cujus hîc sententia refertur, puberem eum esse dicebat in quem vtrumque concurreret, & habitus corporis, & numerus annorum, apud Vlpianum *loco suprà laudato*. Iustinianus autem pudore & verecundiâ ductus, sicut Proculiani, ex numero tantùm annorum pubertatem æstimandam esse voluit, *l. fin. Cod. quando tut. vel curat. esse desinant.* Nec primus ipse quidem, jam enim antè & responsis prudentum, & rescriptis Imperatorum comprobatum fuisse, argumento sunt *l. à qua atate, ff. qui testam. fac. poss.* & *l. 4. Cod. eod. tit.* Dices, is pubes est qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, *cap. 3. extra de despons. impuber.* Respondeo, Iuris canonici compilatores per habitum corporis non intelligere inspectionem nudi corporis, sed, vt Gregorius VII. loquitur *eod. tit. in 1. compilat. gesticulationem corporis*, sive gestamen, id est *la mine, la contenance.* quomodo Prætor etiam solebat olim ex aspectu seu gestamine corporis majores 25. annis æstimare, *l. minor 32. ff. de minorib.*

§. I. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati, item si in servitutem pupillus redigatur vt ingratus à patrono, vel ab hostibus fuerit captus. *Ex Vlp. l. 14. de tutel.*

§ II. Sed & si vsque ad certam conditionem datus sit testamento, æquè evenit, vt desinat esse tutor, existente conditione.

§. III. Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum vel tutorum.

§. IV. Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minimâ autem capitis deminutione veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantùm tutela ¹ perit: ceteræ non pereunt. Sed pupilli, & pupillæ capitis deminutio, licèt minima sit, omnes tutelas tollit.

¹ LEGITIMA TANTVM TVTELA] An & legitima patronorum tutela? sic videtur; quoniam simpliciter ait, *legitima tutela:* & quoniam Vlpianus, qui in *l. 5. §. pen. ff. de legitim. tut.* nominatim loquitur de legitima patronorum tutela, statim subjicit sine vlla exceptione in *§. vlt.* legitimum tutorem capite minutum desinere esse tutorem. Idémque, vt suprà docui, de legitima patronorum tutela

ſcripſerat *lib. Reg. tit. de tutel. Legitima tutela capitis minutione amittitur.* Fugitivam enim illam clauſulam, *excepta tutela patronorum*, ad præcedentia verba §. *quantum ad agnatos* pertinere, jam ſatis ſupérque probavi. Sed contrariam ſententiam tuetur magnus Cujac. Auſim dicere, virum incomparabilem corruptâ illâ interpunctione primum deceptum, vt id certiſſimum eſſe crederet, probabilibus quibuſdam rationibus fuiſſe inductum. Deinde occaſione hujus erroris lapſum fuiſſe in alterum huic affinem, legitimam hereditatem lege x I I. tab. patrono delatam, non amitti capitis minutione; contra manifeſtam Vlp. mentem eod. lib. *tit. de ſucceſſ. libertorum* §. *vlt.* Sed argumenta quibus vtitur excutiamus diligenter. Primum hoc eſt. quoniam minimâ capitis minutione jus patronatus non perit; quod ita latiùs explicandum eſt. tutelam legitimam agnatorum perire; quoniam jus agnationis perit; quoniam deſinunt eſſe agnati familiâ mutatâ; civili enim agnationis nomine lex x I I. tab. vtitur, non naturali: hoc amiſſo, perit quoque jus quod ratione hujus nominis delatum eſt, *l. tutelas, ff. de capit. minut. l. capitis, ff. de ſuis & legitim. heredib.* Patronus autem non deſinit eſſe patronus ex minima capitis diminutione: ergo non poteſt amittere jus, quod ei tamquam patrono delatum eſt. Reſpondeo, non omne jus patronatus perire minimâ capitis minutione; ſed perire tantùm jus quod patrono, tamquam agnato liberti, à lege x I I. tab. delatum eſt, quod enucleatiùs exponere debeo. Capitis minutio tollit ea tantùm quæ lege x I I. tab. deferuntur; non quæ edicto Prætoris; non quæ ceteris legibus, vel ſenatuſconſultis, *d. l. tutelas, ff. de capit. minut.* §. *ſciendum, infrà, de Senatuſconſulto Orphit.* vbi ſerva quæſo, quod ait, *illa ſola ſucceſſiones pereunt quæ lege* x I I. *tab. deferuntur.* Ius autem patronatus, non ex ſola lege x I I. tab. conflatum eſt; multa habet à jure gentium *l. ſi non ſortem*, §. *libertus, ff. de condict. indebiti.* Et ipſam ſucceſſionem liberti, exceptis certis quibuſdam caſibus, vel ex edicto Prætoris, vel ex l. Papia; vt docet titulus *de ſucceſſ. libert. infrà*, quæ jura perire non poſſunt capitis minutione. Sed jus delatum lege x I I. tab. jure ſubtili, quod pendet ex interpretatione d. legis, omnino perit. Eâdémque inductione id confirmatur, quâ dicimus jus agnationis perire. Et vt res facilior ſit, hoc probo duabus rationibus. Prima hæc eſt, quoniam lex x I I. tab. dum defert patrono ſucceſſionem liberti, civili prorſus nomine denotat perſonam patroni, vtitur enim *familia* verbo, *l. pronuntiatio*, §. 1. *ff. de verb. ſign.* Familia autem etiam minimâ capitis minutione mutatur. Et ideo quæſitum fuit apud veteres, an is qui eſt in poteſtate ad legitimam hereditatem liberti admitti poſſit: *l. 3.* §. *an autem, ff. de aſſign. libert.* Ratio dubitandi, quæ vulgò non obſervatur, hæc fuiſſe videtur; quia qui non habet propriam familiam, non poteſt videri deſignatus familiæ nomine. Obtinuit tamen admitti poſſe filium in patris poteſtate conſtitutum, & hoc eſt quod ait *l. ſatis conſtat, ff. de jure patronatus.* Secunda ratio eſt; quoniam patroni, tamquam agnati, & cum familia conjuncti, libertis ſuccedere videntur. quod ne quis fortè dicat me de meo jecore comminiſci; ex jure antiquo diſertis verbis expreſſum reperio in nobili illa conſtitutione Græca, quam Iuris civilis ſummo bono dedit vir numquam ſatis laudatus Cujac. *lib.* 20. *Obſ. cap.* 34. *Videntur enim*, inquit, *patroni eſſe agnati eorum quos manumiſerunt, & ideo vocantur ex bonorum poſſeſſione vnde legitimi.* Et paulò pòſt, *jure agnationis patroni ſuccedunt libertis.* Quod nec præſtantiſſ. vir in d. Obſ. prætermiſit, eruditiſſimè notans, hoc ſenſu libertum dici eſſe conjunctum patroni liberis in *l. cùm tale*, §. 1. *ff. de condition. & demonſtrat.* Facit igitur comparatio juris patronis delati leg. x I I. tab. tamquam agnatis, vt eodem modo hoc jus pereat, quo jus agnationis. Et falſa apparet ſupe-

rior collectio, quæ sic est retorquenda. Ex leg. XII. tab. patronus vocatur tamquam agnatus; at capitis minutione agnatus esse desinit: Ergo perit jus ei tamquam agnato à lege XII. tab. delatum. Transeo ad secundum argumentum. Imò verò contrà; legitima successio, quæ patrono defertur ex l. XII. tab. non amittitur capitis minutione, *l. si libertus præterito 23. ff. de bonis libertor.* Ergo non amittitur tutela, quæ per consequentias hereditatis defertur. Respondeo verissimum esse quod præmunivi: subtili jure, id est jure civili ex l. XII. tab. amitti hanc legitimam successionem; sed Prætorem tueri patronum capite minutum contra rigorem juris civilis, & dare bonorum possessionem vnde legitimi; quamvis non sit propriè legitimus qui capite minutus est, quod nominatim scriptum est in *l. 3. §. emancipatos, & §. seq. ff. de assignand. libert.* Emancipatos filios ejus, qui ex senatusconsulto de assignandis libertis patronus factus est, habere commodum senatusconsulti, puta omnia jura patronatus, exceptâ legitimâ hereditate, quæ ex leg. XII. tab. defertur: cui, si fortè locus sit, ipso jure filium assignatoris in familia retentum esse præferendum, sed emancipatos à Prætore esse admittendos. Idem quoque traditum est in elegantissima specie *l. 2. §. vlt. ff. de bonis libert.* ad nepotem ex filio in potestate retentum, excluso patre emancipato, legitimam liberti hereditatem ipso jure pertinere; sed ex dimidia parte, quæ debetur ex edicto, vel ex lege Papia, patrem emancipatum esse præferendum: *Quamvis*, inquit, *legitima hereditas ad nepotem pertineat.* Quod igitur ait Iulianus in *d. l. si libertus*, id fit non ipso jure, sed tuitione Prætoris, qui patrono contra jus civile subvenire solet, *l. 6. §. si filius, ff. eod. tit.* Et ita est accipiendum, quod tertio loco objicitur ex *l. 39. ff. eod. tit. Patroni filia*, inquit, *si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum paternorum admittitur.* Cur ait, *filia?* quare facit discrimen sexus? an aliud est in filio? Nemo vnquam hoc discernere potis erit, nisi hoc repetat ex adytis juris antiqui. Iure civili filia non potuit admitti ad bona liberti ex leg. XII. tab. quoniam, vt suprà docui, capite minuta succedere non potest nisi tuitione Prætoris. Prætor verò liberos virilis sexus in hac successione libertorum tantùm agnoscebat, Vlp. auctore *lib. Reg. tit. vlt.* Et vt Prætoris auxilio admitti possit, à conditoribus juris, quod meritò vocatur commentitium, introducta fuit elegans fictio, quæ *in d. constitutione* vocatur παλαιὰ ὑπόκεισις. Fingebant enim filiam patroni, filium esse patroni. Ex quo nobilissimo loco intelligimus, quare Iurisconsultus dicat patroni filia: vt doceat, non filium solùm, sed etiam filiam, quod erat difficilius, beneficio Prætoris, & hac fictione adhibitâ, ad legitimam successionem libertorum paternorum posse admitti. Ex his apparet, nullam differentiam jure antiquo esse constituendam, inter legitimam hereditatem agnatorum, & legitimam hereditatem patronorum. Et mihi gaudeo, quòd invenerim Accursium diligentissimum virum, in hac sententia fuisse in *l. 1. §. vlt. ff. de assignand. libert.* quamvis id malè confirmet ex *§. vlt. Instit. de assignat. libertorum*, nec respondeat objectioni *d. legis, si libertus*, nec *d. l. patroni filia.* Sed hujus sententiæ nobis sit acertimus vindex Vlpianus in *d. l. 3. §. emancipatos, ff. de assign. libert.* quem §. sollicitiùs debeo exponere. Omne commodum senatusconsulti tribuit Vlp. emancipato, exceptâ legitimâ hereditate, quæ defertur ex l. XII. tab. Habet igitur jus patronatus hac tantùm parte decurtatum. sed quare privatur hac parte, ceteras sartas, tectásque habeat, conservet? An propter senatusconsultum, quod loquitur nominatim de iis qui sunt in potestate? minimè; quia Vlp. non loquitur de ipsis filiis emancipatis, sed de nepotibus emancipatis à filio, cui jam rectè ex senatusconsulto fuit assignatus libertus: Et rursus obtinuisse tandem videtur etiam eman-

cipato rectè assignari libertum. Ceterum, si excludendus est emancipatus hac solâ ratione senatusconsulti, quia non est in potestate; eâdem ratione non solùm à legitima hereditate, sed ab omni jure patronatus excludendus est. At retinet cetera omnia jura, ergo id non fit per senatusconsultum, quod non magis legitimam hereditatem filium in potestate constitutum habere voluit, quàm cetera jura patronatus. Et vnica hæc ratio potest occurrere, quæ manum injiciat Iurisconsultis, prolixè emancipatis senatusconsulti omne commodum concedentibus, hoc vnico jure excepto. Vt autem intelligamus differentiam esse constituendam, inter jus delatum patrono, tamquam agnato; & jus eidem delatum, tamquam patrono simpliciter: relego vos ad principia juris, & ad ordinem veterem edicti de successionibus intestatorum, traditum à Iustiniano in *tit. de bonor. possess.* & ab Vlp. *lib. Reg. tit.* 28. & *lib.* 2. *Institut. apud pariatorem legis Mosaicæ cum l. Rom. tit.* 11. Vbi observandum est, patronum primò vocari secundo loco tamquam agnatum, ex illa parte vnde legitimi: post patronum vocari familiam patroni, id est filios & agnatos patroni; vt Cujac. exposuit *d. tit.* 28. quæ bonorum possessio in *Institut.* collocatur quinto loco: & dicitur, *tum quem ex familia*: vel, vt quidam non malè legunt, *tamquam ex familia*, id est tamquam agnati patroni. Nam vt suprà docui, patronus ipse nomine familiæ vocatur, tamquam agnatus, à leg. XII. tab. Post agnatos patroni, rursus ipse patronus à Prætore sexto loco vocatur, non tamquam agnatus, vocatur enim jure agnationis secundo loco, sed tamquam patronus simpliciter. Et hoc est quod Vlp. scribit *in d. collatione, post familiam patroni Pratorem vocare patronum*, quem locum malè corruptum esse existimabat eruditissimus Pithœus, & legebat, *post familiam liberti*. Quia, inquit, patronum ante suam familiam vocat, non post familiam; non animadvertens jam Vlpianum dixisse patronum secundo loco vocari, tamquam legitimum & agnatum; & post patronum vocari familiam patroni; & iterum post familiam patroni, vocari patronum simpliciter. Præcedit familiam patronus, tamquam agnatus; subsequitur familiam patronus, tamquam patronus simpliciter. Hæc omnia, & alia multa quæ mansa in os injicerem, nisi me modus notarum cohiberet, efficiunt patronum secundo loco vocari tamquam agnatum ex leg. XII. tab. quod & Cujac. eruditissimè docet *lib.* 20. *Obs. cap.* 34.

Summa hæc sit, patronum capitis minutione ipso jure amittere legitimam hereditatem, sive successionem liberti. Sed prudentes reverentiâ patronatus suggerente, vt loquitur *l. qui duos*, §. *si cum filio*, *ff. de rebus dubiis*, advocasse auxilium Prætoris; cujus beneficio conservatur patrono legitima successio, quæ & indistinctè hodie conservatur ex *d. constitut. Iustin.* Sed quia constat per patronum adrogatum, parentem adrogatorem ad legitimæ hereditatis emolumentum admitti; vt Vlp. loquitur in *d. l.* 3. §. *an autem*, *ff. de assign. libert.* hoc casu, secundùm regulam traditam in §. *vlt. suprà de legitim. patron. tut.* onus tutelæ ad patronum transfertur. Et hunc casum forsan in animo habuit Tribonianus in *d. l. tutelas*, *ff. de capit. minut. Tutelas etiam non amittit capitis diminutio, exceptis iis quæ in jure alieno positis personis deferuntur*, id est patronis qui se dederunt in adrogationem. Nam quia acquirunt hereditatem adrogatoribus; & tutelam, quæ per consequentias emolumenti defertur, amittere videntur; omnia enim onera adrogati in adrogatorem transferri certissimi juris est, *l. onera*, *ff. de adoption.* nec vllum aliud aptius exemplum, quod his verbis convenire possit, interpretum sedulitas ad hunc vsque diem excogitavit. Sed demus Tribonianum errasse, & verissimam esse emendationem Cujacii, quod non inficior; an ideo dicendum est, Tribonianum adeò fuisse infirmum & impotem

animi, vt sine vllo recto sensu nescio quæ monstra verborum supposuerit.

* 1 LEGITIMA TANTVM TVTELA] Tutoris minimâ capitis minutione finitur, seu perit legitima tutela; quia perit agnatio, propter quam defertur tutela legitima, *l. tutelas 7. ff. de cap. minut.* Reliquæ autem, testamentaria, scilicet, & dativa, non pereunt; quia non dantur propter agnationem, & imponuntur tam patribus, quàm filiisfam. *l. 5. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* Quæres? an patronorum tutela quæ legitima est, pereat minimâ capitis minutione. Negat Cujac. apud Vlpianum *in Fragm. tit. de tutel.* illum vide.

§. V. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

§. VI. Desinunt autem tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quòd suspecti visi sunt: vel ex justa causa sese excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea quæ inferiùs proponemus.

De Curationibus.

CAPVT XXIII.

MASCVLI puberes & feminæ viripotentes, vsque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: qui licèt puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, vt sua negotia tueri non possint

§. I. Dantur autem curatores ab hisdem Magistratibus, à quibus & tutores. sed curator testamento non datur [1], sed datus confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.

Ex constitutione D. Marci, solâ ratione ætatis omnes minores generaliter videntur non posse sua negotia administrare idoneè, & sine vlla causæ cognitione curatores petere possunt, *l. 13. §. vlt. ff. de tutor. & curatorib. datis.* Antea ex lege Lætoria accipiebant curatores causâ cognitâ, vno tantùm casu, si malis moribus essent præditi. Adde & alium casum, quo curatoris auctoritas necessaria erat puberi, qui se dabat in adrogationem ex constitutione D. Claudii, *l. 8. ff. de adoptionib.* Sed minores inviti non accipiunt curatores præterquam in litem, vt est in *§. 2. item hoc tit.* Et hoc est quod dicit Papin. in *d. l. 13. desiderantibus, curatores dari solent.* Quid igitur novi introduxit constit. D. Marci? hoc vnum tantùm, vt possent indistinctè minores curatores desiderare; qui olim quamvis volentes superioribus tantùm casibus curatores accipiebant. Ergo, si curatores non acceperint, valet ipso jure quod à minoribus gestum est; restituuntur tamen læsi, vel circumscripti auxilio Prætoris, qui, & ante constitutionem D. Marci, opem edicto suo minoribus promittebat, *l. 1. ff. de minorib.* Si verò curatores fortè acceperint, ipso jure obligantur, *l. puberes 101. ff. de verb. obligat.* & tenentur actionibus personalibus; quamvis pupilli sine tutoris auctoritate obligari non possint. Ratio differentiæ hæc est; quia curator non datur personæ, sed rebus; & ideo si res suas vendiderit sine curatore, ipso jure contractus non valet *l. 3. C. de in integrum restitut. minor.*

*[1] SED CVRATOR TESTAMENTO NON DATVR] Iure scilicet, quia lex XII. tab. quâ parentes jus dandi tutores acceperunt, *l.* 1. *& 20. ff. de testam. tut.* de tutotibus tantùm testamento dandis loquitur, vt ostendunt illa d. legis XII. tab. verba, *tutelæ reive suæ*. Ideóque dari curatores non licet vltra fines lege præscriptos. quamquam si dati fuerint, confirmari possunt decreto Prætoris vel Præsidis, causâ cognitâ: nec enim Prætot sequitur voluntatem patris, nec semper confirmat curatorem non jure datum, vt nec tutorem, *l.* 8. 9. *& 10. ff. de confirm. tut.* Sed aliquando rejecto tutore, vel curatore à patre non jute dato, alium tutorem vel curatotem constituit, *l.* 39. §. 1. *& 2. ff. de administrat. tut.*

§. II. Item inviti adulescentes[2], curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.

*[2] ITEM INVITI ADVLESCENTES] Obstat *l.* 1. §. *& ideo, ff. de minorib.* in qua dicitur, non esse adolescentibus committendam rei suæ administrationem ante 25. annum, quamvis rem suam bene gerentibus; idque ex constitutione D. Marci, qui id primus constituit; Capitolinus in *Marco Antonino*. Ergo inviti minores curatores accipiunt. Respondeo, cùm olim lege Lætoriâ darentur curatores tantùm cum causæ cognitione, id est si adolescentes essent dissolutis moribus, & luxui dediti; voluisse D. Marcum dari sine causæ cognitione omnibus indistinctè, etiam rem suam bene gerentibus. Volentibus tamen & non invitis, id est non coactis, hunc vel illum curatorem accipere, sed quem petiissent, vel elegissent ipsi: quod facere necessariò debebant, cùm alioqui rerum suarum administratio eis non committeretur sine curatoribus, ex d. constitutione D. Marci, quam vsque ad suam ætatem observatam docet Vlpianus in *d. l.* 1. Fuit autem illa ætas sub Antonino Caracalla, illísque tempotibus vix etiam à Principe imperrabat minor rei suæ administrationem, *l.* 3. *ff. de minorib.* Sed postea mutatum est hoc jus ab eodem Antonino, vt est argumento *l.* 1. *Cod. qui petant tutor.* vbi non cogitur minor curatorem accipere nisi in litem. Principio itaque, bonus Princeps Antoninus piam Marci constitutionem sequutus est: deinde factus pessimus eam repudiavit, & frænos laxavit adolescentiæ; sed id postquam Vlpianus jam scripsisset librum vndecimum ad edictum Prætoris, ex quo desumpta est *l.* 1. *ff. de minorib.*

§. III. Furiosi[3] quoque & prodigi, licèt majores vigintiquinque annis sint; tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus vrbi, vel Prætor, & in provinciis Præsides ex inquisitione eis curatores dare.

[3] FVRIOSI] Ex verbis leg. XII. tab. furiosi; prodigi ex sententia legis, & exemplo furiosorum. Moribus enim introducta fuit interdictio bonorum, quæ ex leg. XII. tab. à Prætote fit adhibitâ illâ formulâ, quam habemus apud Paulum *lib.* 3. *Sent. tit. de testam.* Nec verum esse puto, quod quidam existimant, istam interdictionem procedere ipso jure; fit enim ab ipso Prætore nominatim, & post interdictionem, is cui bonis interdictum est, esse censetur in potestate agnatorum, ex jure quod ab initio, id est statim post leg. XII. tab. obtinuit. Sic enim accipiendam esse *l.* 1. *ff. de curatorib. furiof. & aliis*, jam docui ad *tit. de jure nat. gent. & civ.* Interdictus igitur ex leg. XII. tab. erat in tutela agnati; non quilibet interdictus, sed ingenuus heres legitimus patris; id est ab intestato, non ex testamento. quoniam sic accepta fuit l. XII. tab. vt successoribus ab intestato agnatos curatores dedisse videatur, non ceteris, vt ex Vlp. *tit. de curatorib.* docuit Cujac. *in posteriorib. notis.* Et in *Paratit. Cod. hoc tit.*

*3 FVRIOSI QVOQVE ET PRODIGI] Lex XII. tab. furiosum & prodigum cui bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum, apud Vlpianum *in Fragm. tit. de curat.* Quæres: quî fit, vt bonorum interdictio in jure modò dicatur fieri moribus, modò lege, modò per Prætorem. Respondeo, quia cœpit à moribus primùm, deinde translata est in XII. tabulas, *l. 1. ff. de curatorib. fur. & aliis*, tandémque per Prætorem facta est, *d. l. 1.* Et apud Paulum *l. 3. Sent. tit. de testam.* §. *moribus.* hac scilicet formulâ, *Quando tua bona paterna, avitáque nequitiâ tuâ disperdis, liberósque tuos ad egestatem perducis. ob eam rem tibi eâ re commerciòque interdico.* Vide Cujac. ad *d.* §. *moribus*, & *in notis posteriorib. ad hunc tit.*

§. IV. Sed & mente captis, & surdis, & mutis. & qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

§. V. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt; vt puta, si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest[4]. Item si testamento datus tutor vel à Prætore, vel Præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

4 TVTOREM HABENTI TVTOR DARI NON POTEST] Regula juris civilis est, *l. ventri, ff. de tutor. & curator. datis.* Sed in reddenda ratione hujus regulæ viri docti nodum in scirpo quærunt; vera & simplex hæc fuisse videtur. In hac tutoris, vel curatoris datione, quæ tota legis est, *l. 6.* § *tutoris datio*, *ff. de tutel.* sequuntur Iurisconsulti verba legis, quâ tutoris datio permittitur. Sic Modestin. in *d. l. ventri*, dari posse curatorem, non tutorem, quoniam de curatore dando edictum nominatim loquitur, & in §. 1. *hoc tit.* testamento tutor, non curator datur; quoniam, vt eruditissimè Cujac. ait, de tutore testamento dato lex XII. tab. loquitur, non de curatore. Et apud Vlp. *d. tit. de curatorib.* agnatus erat curator prodigi, qui ab intestato succedebat, non qui ex testamento: quoniam lex XII. tab. ab intestato tantùm curatores facit. Et ita quoque quoniam illa lex vetus Atilia jubet mulieribus, vel pupillis, tutores non habentibus dari à Prætore, vt Vlp. ait *lib. Reg. tit. de tutel.* Obtinuisse videtur ex verbis d. legis, ei qui tutorem habet, tutorem dari non posse; quoniam nominatim lex Atilia loquitur de eo qui tutorem non habet. Sed & post legem Atiliam multa senatusconsulta facta, ex quibus certis casibus contra regulam juris, tutorem habenti tutor datur. His tamen casibus, quasi regulâ juris antiqui contra senatusconsulta prævalente, cœperunt passim curatores potiùs quàm tutores dari, vt observare licet ex *d. tit. ex quib. causis tutorem habenti tutor vel curator detur, Cod.* & ex *tit. de in litem dando tut. vel curat.* ad quos vide Cujac. *in Parat. Cod.* Rectè igitur hoc loco Iustin. ex regula juris quæ prævaluit, ait curatorem dari, non tutorem.

*4 TVTOR DARI NON POTEST] Regula juris antiqui est, tutorem habenti tutorem dari non posse. Cujus ratio duplex est. Prima, quia tutelæ datio est actus legitimus, qui reiterari non potest, *l. actus legitimi, ff. de Reg. jur.* Secunda, quia pupillus non potest esse in potestate duorum simul, ita vt potestas sit in solidum, vt docet Cujac. ad *tit. Cod. in quibus causis tutor. hab.* Sed multa senatusconsulta sunt, ex quibus contra hanc regulam juris certis casibus tutor datur tutorem habenti,

l. complura, ff. de tut. quibus tamen casibus, regulâ juris contra senatusconsulta prævalente, cœperunt potiùs curatores, quàm tutores dari, vt obseruare licet ex *d. tit. in quibus causis tutor. hab.* Et hinc illud est quod Iustinianus hîc dixerit, tutorem non dari sed curatorem, ex regula juris scilicet, quæ tandem prævaluit.

§. VI. Quòd si tutor adversâ valetudine, vel aliâ necessitate impeditur, quo minus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius tutoris, Prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

De satisdatione tutorum vel curatorum.

CAPVT XXIV.

NE tamen pupillorum pupillarúmve, & eorum qui quæve in curatione sunt negotia à curatoribus tutoribúsve consumantur, vel deminuantur: curat Prætor [1], vt & tutores, & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum, nam tutores testamento dati satisdare non coguntur [2]: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore probata est. item ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

[1] CVRAT PRÆTOR] Hoc enim Prætori constitutione injunctum est, §. *sed ex his legibus, suprà, de Atiliano tutore.* Est enim hæc cautio ex constitut. Principum, non ex edicto Prætoris.

*[1] CVRAT PRÆTOR] Satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore, de qua in hoc tit. licèt ex edicto Prætoris non descendat, sed ex constitutionibus Principum, §. *sed ex iis legibus, suprà, de Atiliano tutore.* Curat tamen Prætor eam interponi; quia dictis constitutionibus jubetur Prætor id facere, *d. § sed ex iis legibus.* Interponitur autem per stipulationem de qua est in *ff. titulus specialis, rem pupilli vel adolescentis salvam fore.*

[2] SATISDARE NON COGVNTVR] Hoc certissimum est in iis tutoribus, qui non jure testamento dati sunt, puta, ab iis qui impuberes, quibus tutores dederunt, non habent in potestate. Nec obstat *l. 5. de confirm. tutor.* quæ negotium facessit Accursio; si adhibeas hanc distinctionem. vel confirmatur ab ipso Prætore non jure datus tutor, & ex inquisitione admittitur; nisi fortè à patre filio emancipato datus sit, *l. 1. §. pen. ff. eod.* vel confirmatur à Magistratu municipali ex jussu Prætoris; & hoc casu Magistratus municipalis, quia neque dat, neque confirmat ex inquisitione, debet exigere satisdationem.

*[2] SATISDARE NON COGVNTVR] Videtur repugnare *l. 5. ff. de confirm. tut.* vbi Magistratus qui tutorem testamento non jure datum confirmat, satisdationem exigere cogitur. Respondeo: hac in re separandus est Magistratus municipalis, à Magistratibus vrbanis, vel provincialibus, quorum amplior est potestas, & majus imperium. Municipalis enim, quia neque dare, neque confirmare tutorem ex inquisitione potest, satisdationem exigere cogitur; isti autem, quia dant & confirmant.

mant ex inquisitione, non exigunt; quia inquisitio illa pro satisdatione est. Loquitur autem d. l. 5. de Magistratu municipali, quem Prætor tutorem testamento non jure datum jussit confirmare, vide Cujac. in *d. l. 5. ad quæst. Papin. lib. 11.*

§. I. Sed si ex testamento [3] vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest vnus offerre satis de indemnitate pupilli, vel adulescentis, & contutori, vel concuratori præferri, vt solus administret: vel vt contutor satis offerens præponatur ei, & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis à contutore, vel concuratore suo, sed offerre debet, vt electionem det contutori vel concuratori suo, vtrum velit satis accipere, an satisdare. Quòd si nemo eorum satis offerat; si quidem adscriptum fuerit à testatore quis gerat, ille gerere debet. Quòd si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, vt edicto Prætoris cavetur. Sin autem tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, vt major pars eligere possit per quem administratio fieret.

Ex Mod. l. 7. rem pupilli salvam for.

[3] SED SI EX TESTAMENTO] Cautionem diximus fuisse introductam Principum constitutionibus. Hæc verò provocatio est ex edicto Prætoris, quâ nempe solet dativus, vel testamentarius, socios provocare ad satisdationem, *l. dativus, ff. rem pupilli salvam fore.*

§. II. Sciendum autem est, non solùm tutores, vel curatores pupillis vel adultis, ceterísque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ vltimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quàm ex constitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum [4] extenditur.

[4] IN HEREDES EORVM] Non tamen omnimodo, nam constat heredes non esse succedaneos levis culpæ Magistratus: Magistratum ipsum omne periculum, omnem culpam præstare, heredes succedere tantùm in dolum, & latam culpam, *l. 4. ff. de Magistratib. conveniend. l. 2. C. eod.* Idque videtur receptum exemplo heredum tutoris, qui non tenentur ex levi culpa defuncti. Et cave ne te decipiat contraria sententia Cujac. *lib. 13. Obs. cap. pen.* & in *Parat. C. de in litem jurando. Hoc*, inquit, *asserere perinde est ac si diceres, heredem non teneri ex contractu, quod est absurdissimum.* Respondeo hoc verissimum esse ex regula juris civilis, sed ex constitutionibus ignorantiæ heredum subventum est, vt nominatim ait Paulus in *l. vlt. de fidejussor. tut.* Et intelligit constitutiones Severi & Antonini, quæ extant in *tit. C. de in litem jurando*, & in *l. 1. C. de hered. tutor.* quæ novissimè constituit, ex levi culpa tutoris, si lis non sit contestata cum tutore, heredes non teneri; sed ex dolo, vel lata culpa tantùm. Nec est tollenda negatio auctoritate Basilicon; quia nec hanc fuisse

M

mentem Imperatorum omnes hodie observare possunt, ex lib. 38. Basilicon, tit. 7. & ex scholiis Græcorum interpretum ad d. tit. quod & ingenuè Cujac. agnovisse videtur *lib. 21. Obs. cap. 2.* Tenentur autem heredes ex dolo, vel lata culpa defuncti tutoris; si vel ex damno pupilli lucrum captatum sit à tutore, vel gratiâ præstitum alteri: id est non tantùm si locupletior factus sit tutor; sed etiam si vel captaverit lucrum, quod primâ ratione ad eum pervenerit, vt loquitur *l. vtrum, ff. de petit. hered.* vel quæsitum alteri per gratiam fuerit: nam & lucrum facere videtur, qui beneficii debitorem sibi acquirit, *l. si pignore, §. 1. ff. de furt.* quæ omnia diligentiùs explicanda sunt, ad §. *aliquando, infrà, de perpetuis & temporalib. action.*

* 4 IN HEREDES EORVM EXTENDITVR] Hoc tamen interest inter Magistratum & ejus heredem, quòd Magistratus ex omni culpa teneatur, heres autem ex Magistratus dolo & lata culpa tantùm, non ex levi & levissima, *l. non similiter, ff. de Magistratibus conveniend. l. 2. Cod. eodem tit.* Idque receptum videtur exemplo heredum tutoris, qui non tenentur ex levi culpa defuncti, Paulus *l. fin. ff. de fidejuss. tut.* At cur, inquies, isti heredes non tenentur ex levi & levissima culpa? cùm certum sit heredem si ex contractu, aut quasi contractu conveniatur, teneri ex omni culpa ex qua defunctus tenebatur, vt observat Cujac. *lib. 13. Obs. cap. penult.* & in *Parat. Cod. de in litem jur.* Respondeo, quia constitutionibus Principum Severi & Antonini, est subventum ignorantiæ heredum, vt non teneantur ex levi & levissima culpa defuncti, vt nominatim probat Paulus *d. l. finali.* Notandum tamen est heredes tutoris teneri ex levi & levissima culpa defuncti, si lis cum defuncto contestata fuerit, *l. 1. Cod. de hered. tut.*

§. III. Quibus constitutionibus & illud exprimitur, vt nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coërceantur. Neque autem Præfectus vrbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quis alius cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur; sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.

De excusationibus tutorum vel curatorum.

CAPVT XXV.

EXCVSANTVR autem tutores vel curatores variis ex causis: plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati[1]. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum. nam & tutelam vel curam placuit publicum munus esse[2]. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, vt in locum patris succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantùm ad tutelæ vel curæ muneris excusationem *Ex Mod. l. 2. hoc tit.*

prosunt: defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur. *Ex Vlp. l. 15. hoc tit.*

VIDETVR hic titulus propriè pertinere ad tutores testamentarios, & dativos, non ad legitimos, vt eruditissimè D. Cujac. docuit. Sed jure quo hodie in Gallia vtimur, generaliter ad omnes tutores pertinet, ex sententia veteris interpretis Irnerii, quæ extat in *l. 2. §. hoc autem, ff. hoc tit.* Sed & hodie vulgò Pragmatici dicunt, omnes tutelas esse dativas; id est omnes tutores dari hodie extra ordinem.

* EXCVSATIO est justæ causæ allegatio, ob quam non debeat quis ad tutelam subeundam cogi; quæ introducta est ex eo tantùm tempore, quo cœperunt dari tutores ex inquisitione, & cogi ad administrationem. Necessitas enim subeundæ tutelæ excusationum remedia protulit. Habent autem excusationes istæ locum in tutoribus testamentariis, & dativis; non autem legitimis, vt docet Cujac. quamquam hodie & jure quo vtimur in Gallia, ad omnes generaliter tutores pertineat. Et hinc illud quod practici vulgò dicunt, *Omnes tutelas hodie esse dativas*, id est omnes tutores hodie dari extra ordinem à Magistratibus.

*[1] SIVE EMANCIPATI] At cur, inquies, emancipati prosunt, cùm exierint è sacris paternis? Respondeo, quia hîc inspicimus jus naturale potiùs quàm civile; licèt ergo emancipati desierint esse in potestate & familia jure civili, non desierunt tamen esse filii jure naturali.

[2] PVBLICVM MVNVS ESSE] Quia ad publicam curam pertinet omnem rationem adhibere pupillis subveniendis, ait Imper. Severus, in *l. 2. §. Divus, ff. qui petant tutor. vel curat.* Civile munus dicitur in *l. 6. §. tutela, ff. hoc tit.* Vlp. *lib. Reg. tit. de tutel.* Mulieribus tutoris auctoritas est necessaria, si civile negotium gerant; puta, si tutelam filiorum à Principe impetraverint. Non est autem Reipublicæ munus, vel provinciale; quia nihil, quod principaliter ad curam civitatis, vel provinciæ pertineat attingit. & hac ratione erit privatum, non publicum; sed diversâ ratione eadem res, & publica, & privata dici potest.

*[2] PVBLICVM MVNVS] Tutela vel cura sunt publica munera respectu publicæ curæ; ad publicam enim curam pertinet, rationem omnem adhibere subveniendi pupillis, & adultis, *l. 2. §. Divus, ff. qui petant tutores.* Privata tamen dici possunt munera ratione finis, qui non est alius, quàm privata pupilli, vel adolescentis vtilitas.

§. I. Item divus Marcus in semestribus[3] rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela, vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

*[3] IN SEMESTRIBVS] Semestria sunt constitutiones, de quibus semestres suos Senatores D. Marcus consuluerat. Habebant enim Principes olim aliquot Senatores sorte delectos, quibuscum per semestre tempus communicabant de his quæ volebant constituere. quod primùm institutum fuisse ab Augusto Suetonius auctor his verbis, *Sibique instituit consilia sortiri semestria, cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis, antè tractaret.*

§. II. Item qui Reipublicæ causâ absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores vel curatores, deinde Reipublicæ causâ abesse cœperint, à tutela vel cura excusantur, quatenus Reipublicæ causâ

absunt: & interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ. nam nec anni habent vacationem, vt Papinianus libro quinto responsorum rescripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

§. III. Et qui potestatem habent aliquam[4], se excusare possunt, vt divus Marcus rescripsit: sed cœptam tutelam deserere non possunt.

[4] QVI POTESTATEM HABENT ALIQVAM] Vel ordinariam, vel extraordinariam. Extraordinariam habet is, cui ad tempus data est provinciæ administratio, vt in *l. 1. ff. de tutorib. & curator. dat.* Item Præfectus vigilum, Præfectus annonæ: vt colligere licet ex *l. administrantes* 41. §. 1. *ff. hoc tit.* Magistratus igitur vel legitimi, vel ordinarii, vel extraordinarii sunt. Et ita rectè Dion. Alicarnass. lib. 10. Dictatorem non fuisse Magistratum legitimum & ordinarium, cui non obloquitur Pomponius in *l. 2. §. populo, ff. de orig. jur.* vbi de Dictatore & Magistro equitum. *Magistratus*, inquit, *habebantur legitimi.* Rectè, habebantur, id est existimabantur, videbantur; quia verè non erant legitimi. Sed quia hic §. ait *potestatem aliquam*: de Magistratibus municipalibus intelligendus est, qui & fascium potestatem habere dicuntur, *l. duumvirum, C. de Decurion.*

* 4 QVI POTESTATEM HABENT] Potestatis verbo magistratus hîc significatur, vt in *l. eum qui, ff. de jurisdict.* vel honor, vt in *l. non tantùm, §. fanè, ff. hoc tit.* Major, scilicet, magistratus, vel honor, vt Consul, Prætor, Præses. Et ideo ædilitas quæ minor est magistratus, non excusat à tutela, *d. l. non tantum, §. is qui.* Excusatur autem quis ratione magistratus à nova tutela scilicet: vetus namque ante magistratum cœpta, deseri non potest, *d. §. fanè.*

§. IV. Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemò se potest: nisi fortè de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

§. V. Item tria onera tutelæ non adfectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur: vt tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro vna computetur.

§. VI. Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tam Divi fratres, quàm per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem[5] se oneri injuncto possit docere. Ex Vlp. l. 7. hoc tit.

[5] SI QVIS IMPAREM] Si adeò pauper sit vt ab opificio manuum suarum, quo solo vitam sustentat, sine magno incommodo detrahi non possit. Ceterum, quamvis non sit illi magna substantia, si tamen fidelis & diligens sit, idoneus tutor videtur, neque quasi suspectus potest removeri, §. *vlt. tit. seq.* Sidonius Apoll. *epist.* 8. *lib.* 6. *Illi fides magna est, etsi parva substantia, quotiens cum pecuniis quorumpiam catapli recentis nundinas adit, creditoribus bene credulis sola deponit morum experimenta pro pignore.*

§. VII. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

§. VIII. Similiter eum qui literas nesciret[6] excusandum esse divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti literarum[7] possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

[6] EVM QVI LITERAS NESCIRET] Non literas quas Grammatici, ſed quas primi magiſtri docent, vt loquitur D. Auguſtinus *lib.* I. *Confeſſ.* ſic apud Ariſtophanem *in Equitibus*, οὐδὲ μουσικὴν ἐπίσταμαι πλὴν γραμμάτων, vbi & ſcholiaſtes notat, γράμματα eſſe τὰ πρῶτα στοιχεῖα; primas literas, in *l.* 2. §. *vlt. ff. de vacat. mun.* Porro ſic videtur Paulus in *l.* 6. (aliàs 8.) §. *vlt. ff. hoc tit.* accepiſſe hoc reſcriptum D. Pii, vt admittatur excuſatio illiterati, ſi ad adminiſtrationem negotiorum non poſſit commodè ſufficere. Columella lib. I. cap. 8. *Poteſt etiam illiteratus, dummodo tenaciſſimæ ſit memoriæ, rem ſatis commodè adminiſtrare, ejuſmodi villicum Corn. Celſus ait ſæpius numos domino, quàm librum afferre.* Ergo ſi, vt Paulus loquitur, expers negotiorum non ſit, non eſt excuſandus. Sed ſi verum amamus, & hunc ſenſum videntur excludere hæc verba, *Quamvis & imperiti literarum*, &c.

[7] IMPERITI LITERARVM] Id eſt qui pingere literas, ſeu elementa neſciunt, aut legere. Licèt enim iſti alioquin negotiorum gerendorum capaces ſint, periculoſum tamen viſum eſt eis tutelam committere, quæ ſcilicet, maximè deſiderat ſcripturam in rationibus accepti, vel expenſi conficiendis. Obſtat *l.* 6. §. *fin. ff. hoc tit.* vbi negat illiteratos iſtos excuſari, ſi rerum expertes non ſint. Reſpondet Cujacius, illud mutatum eſſe à D. Pio in *hoc* §. Sed refelli poteſt notatione temporis; nam Modeſtinus cujus eſt *d. l.* 6. longè poſterior Antonino fuit. quare fortè commodiùs reſpondendum, hoc jus novum à Iuſtiniano introductum fuiſſe, propter inventarii confectionem, & rationum redditionem; vt triplex hac in re jus fuerit, vetus Antonini, medium Modeſtini *d. l.* 6. novum Iuſtiniani, *hoc nimirum* §.

§. IX. Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem: ſicut per contrarium non excuſantur qui ſe tutelam adminiſtraturos patri pupillorum promiſerunt.

§. X. Non eſſe admittendam excuſationem ejus qui hoc ſolo vtitur, quòd ignotus patri pupillorum ſit, Divi fratres reſcripſerunt.

§. XI. Inimicitiæ[8], quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt[9], nec reconciliatio intervenit, à tutela vel cura ſolent excuſare.

[8] INIMICITIÆ] Cujac. hunc §. diligentiùs expoſuit in *l.* 6. *ff. hoc tit.* exploſâ veteri ſententiâ, quæ in prioribus notis, *hoc tit. & ad lib.* 2. *Sentent. Pauli eod. tit.* hunc paragraphum ad teſtamentarium pertinere non admittebat. Dicamus igitur ſic accipiendum eſſe hunc paragraphum, vt & teſtamentarius excuſari poſſit, ſi forſitan ex capitali crimine accuſatus fuerit à defuncto: dativus verò, ſive accuſatus, ſive accuſator fuerit.

[9] SI CAPITALES FVERVNT] Capitales inimicitiæ dicuntur, quas capitalis criminis accuſatio creavit, quáſque ſola mors diremptura eſt. Hinc Horat. *Ita capitales, vt vltima divideret mors.*

§. XII. Item qui ſtatus controverſiam à pupillorum patre paſſus eſt, excuſatur à tutela.

§. XIII. Item major ſeptuaginta annis à tutela vel cura excuſare ſe poteſt. Minores autem[10] vigintiquinque annis, olim quidem excuſa-

bantur, à nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare: adeò vt nec excusationis opus fiat. Quâ constitutione cavetur, vt nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

[10] MINORES AVTEM] Quia nec ad cetera munera publica, vel privata admittebantur, *l. 2. ff. de vacat. muner.* Quod autem hoc loco Iustin. ait, accipiendum videtur de testamentariis & dativis, non de legitimis. Sanè constitutio Iustin. id est *l. vlt. Cod. de legitim. tut.* legitimis potissimùm, qui excusari non possunt, subveniendum esse putavit; & horum occasione testamentariis, & dativis, qui excusari possunt. Ante hanc constitutionem, pupillus ipso jure erat legitimus tutor, & per curatorem administratâ tutelâ, omne periculum administrationis sustinebat, quod & Cujac. docuit ex *d. l. vlt. in Paratit. C. eod. tit.* Sed in hac posteriori nota, & legitimorum admissam fuisse excusationem censet. Mens tamen præstantiss. viri hæc fuit: legitimos excusatos fuisse ab administratione, non tamen à periculo tutelæ. Non fuit igitur vera excusatio, quæ excusatum ab omni periculo sartum tectum non conservat.

§. XIV. Idem & in milite observandum est, vt nec volens ad tutelæ onus admittatur.

§. XV. Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua id exercent, & intra numerum sunt [11], à tutela vel cura habent vacationem.

[11] ET INTRA NVMERVM SVNT] Definitum constitut. D. Pii *l. 6. §. est autem, ff. hoc tit.* ratione habitâ dignitatis civitatum. Quædam enim sunt maximæ, vt metropoles. quædam in honore secundo, vt Dion. Alicarnass. scribit in *preceptis orationis genethliacæ.* Fulbertus Episcopus Carnotens. *epist. 62. primæ edit. Sed ne civitati, vel Ecclesiæ Catalaunorum suum derogetis honorem, meminisse vos decet; quòd in antiqua descriptione provinciæ Belgicæ, secundum ipsa civitas à Remensi locum habeat.* Est & tertius gradus civitatum, quæ, vt d. loco Modestin. ait, non habent ἀγορᾶς δίκαιον, jus fori, vel nundinarum: quod solebant à Principe, vel Senatu impetrare, vt docet Plin. *epist. 4. lib. 5.*

* [11] INTRA NVMERVM SVNT] Quem scilicet definivit D. Pius in *l. si duas, §. est autem, ff. hoc tit.* Idque variè pro varia civitatum dignitate; quædam enim sunt metropoles, & in his immunem à tutela numerum esse voluit decem Medicorum, quinque Rhetorum, quinque Grammaticorum: quædam verò infimæ, & in his quinque Medicorum, trium Rhetorum, & trium Grammaticorum numerum constituit, qui à tutela & cura vacarent.

§. XVI. Qui autem vult se excusare [12], si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit: aliis vti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non *Ex Mod. l. 13. hoc tit.* appellant [13]: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cujuscumque generis sunt, id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, vbi tutores dati sunt. Si

verò vltra centesimum habitant, dinumeratione factâ viginti millium[14] diurnorum & ampliùs triginta dierum. quod tamen, vt Scævola dicebat[15], sic debet computari, ne minùs sint quàm quinquaginta dies.

[12] QVI AVTEM VVLT SE EXCVSARE] Dubitari potuit, vtrum admittendæ sint excusationes, quas initio saltem non proposuit. Nam & exceptio peremptoria; quam omissam priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet per testationem quamdam, initio litis proponenda est, *l.* 8. *C. de exception.* Sed quoniam constitutione D. Marci certum tempus præstitutum est; nihil vetat excusationes diversas, diverso tempore, intra præfinita tempora proponere. Et is tantùm excluditur exceptione temporis præstituti, qui intra tempus omnes allegationes quas habet, non allegavit, *l.* 13. §. *scire*, *ff. hoc tit.*

[13] NON APPELLANT] A datione; sed à sententia, quâ excusatio non fuit admissa.

* [14] DINVMERATIONE FACTA VIGINTI MILLIVM] Iurisconsulti vicena millia passuum in dies singulos ab eo peragi voluerunt qui iter conficit, *l.* 1. *ff. si quis caution. l.* 3. *ff. de verb. sign.* Vegetius contrà, decem millia tantùm præfinivit; *lib.* 3. *de re militari.* Sed proclivis conciliatio est; loquuntur enim Iurisconsulti de homine expedito, nullisque impedimentis prægravato; at Vegetius de homine armato.

[15] VT SCÆVOLA DICEBAT] Valde notanda hæc Scævolæ sententia, quæ quamvis sit contra expressa verba constitutionis, admissa tamen fuit; vt latiùs Modestin. docet *d. l.* 13. §. *aliud*, *ff. hoc tit.*

§. XVII. Datus autem tutor[16] ad vniversum patrimonium datus esse creditur.

[16] DATVS AVTEM TVTOR] Sententia hujus §. repetenda est ex *l. propter litem*, §. *licèt*, *ff. hoc tit.*

§. XVIII. Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur. in tantum vt licèt paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus & Antoninus rescripserunt.

§. XIX. Iidem rescripserunt[17], maritum vxori suæ curatorem datum, excusare se posse, licèt se immisceat.

[17] IIDEM RESCRIPSERVNT] Hæc verba, quæ Theoph: non agnoscit, delenda esse existimabat Cujac. ad *l.* 1. *ff. hoc tit.* Sed in editione Institut. quam ex vetustis exemplaribus emendatissimam nobis dedit, meritò retinenda esse animadvertit. Et valde notandum est hoc rescriptum, cujus sententia non satis animadversa hæc esse videtur. Ex oratione D. Marci, quam & senatusconsultum sequutum est, maritus vxoris curator esse non potuit; ex oratione inquam, id est ex orationis sententia, non ex verbis *l. licet, C. hoc tit.* Et datus sciens prudens infamis est, *d. l. licet*, *& l.* 4. *Cod. eod. tit.* Sed quæsitum fuit, vtrum si se immisceat fortè, nec curet alium substitui initio, & deinde velit se excusare, immunis sit à senatusconsulti pœna? Excusatur qui absens & ignorans datus est, dum tamen substituatur alius, vt nominatim ait *d. l.* 4. An igitur excusatio proposita ab eo qui se immiscuit, delere

poteſt infamiæ notam? Et hoc ſingulari reſcripto Severus & Anton. reſcripſerunt, mariti admittendam eſſe ex poſt facto excuſationem. Hoc eſt igitur novum jus ad conſtitutionem D. Marci hoc reſcripto introductum. Multas huic libro probatas & receptas ſententias, vel ex reſcriptis Principum, vel ex reſponſis Iuriſconſultorum inſeruit Iuſtinian. vt in §. *ſimiliter, ſuprà, hoc tit.* excuſandum eſſe illiteratum, quamvis negotiorum expers non ſit, contra ſententiam Pauli. Et ita in §. *theſaurus, infrà, de rer. diviſ.* proponitur, & probatur reſcriptum Adriani contrarium reſcripto D. fratrum, de quo in *l.* 3. §. *pen. ff. de jure fiſci.* Quod autem ait; excuſari maritum, qui ex d. oratione D. Marci omnino dari non poteſt; importunè dictum videtur, nec tamen ſine exemplo. Nam eâdem formâ Vlp. in *l.* 1. §. *initium, ff. de poſtulando*, ait, Prætorem excuſare à poſtulatione pueros & ſurdos, quos tamen in totum fuiſſe prohibitos conſtat. Et hac ratione fretus Cujac. *lib.* 26. *Obſ. cap.* 38. in d. l. pro *excuſavit*, reponendum eſſe cenſet vetus verbum, *excuriavit*. Sed ex hoc loco non malè poſſumus receptam lectionem defendere. Maritus in totum curam ſuſcipere prohibetur, & tamen excuſari dicitur hoc loco. Eâdem igitur formâ Vlpianus dixit Prætorem pueros excuſare, quos edictum in totum prohibet poſtulare.

§. XX. Si quis autem falſis allegationibus [18] excuſationem tutelæ meruit, non eſt liberatus onere tutelæ.

[18] FALSIS ALLEGATIONIBVS] Hoc quoque nominatim ex ſacris conſtitutionibus inductum fuiſſe, docet Paulus in *l. ſi quis tutor* 60. *ff. de ritu nupt* Et quia ab onere tutelæ non liberatur, qui falſis allegationibus excuſationem meruit; rectè Paulus ait, in numerum trium tutelarum, quæ quartæ excuſationem præſtant, §. *item tria, ſuprà, hoc tit.* hujuſmodi periculum computari. Quod miror virum eruditum Rœuardum non intellexiſſe lib. 1. Var. cap. 10. vbi neſcio quas tres feminarum tutelas comminiſcitur. Ratio eſt, quia illius tutelæ onere nondum liberatus intelligitur, qui tenetur ob tutelam falſis allegationibus evitatam.

De ſuſpectis tutoribus vel curatoribus.

CAPVT XXVI.

SCIENDVM eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum [1] deſcendere.

* QVÆ tradit hîc Iuſtinianus, magna ex parte deſumpta ſunt ex *l.* 1. *ff. hoc tit.* in qua nominatim ait Vlpianus ſuſpecti tutoris accuſationem pendere ex lege XII. tab. ex qua etiam manavit actio in duplum adverſus tutorem qui rem pupilli furatus eſt, interverſis & perturbatis rationibus pupilli, *l. tres tutores*, §. 1. *ff. de adminiſtrat. tutor.*

[1] EX LEGE XII. TAB.] Ex eadem lege proponitur actio in duplum adverſus tutorem, qui rationes pupillares dolo malo avertit, & conturbavit, *l.* 55. §. 1. *ff. de adminiſtr. tut.* quæ his verbis ſignificatur, *rationibus diſtrahendis*, in *tit. ff. de tutel. & rationib. diſtrahendis.* Hæc verò ſuſpecti actio datur adverſus eum, qui fraudulenter verſatur in adminiſtratione rerum pupillarium. Meritò igitur M. Tull. *lib.* 3. *de offic.* ſcribit,

scribit, dolum malum in tutela admissum lege XII. tab. vindicari.

§. I. Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori, & in provinciis Præsidibus earum, & legato Proconsulis[1]. *Ex Vlp. l ri ecd.*

[1] LEGATO PROCONSVLIS] Ante rescriptum Severi, de quo in *l. pen. ff. de officio ejus cui mand. est jurisd.* & in *l. 1. §. damus, ff. hoc tit.* nullus alius quàm Præses, id est is qui provinciam regit, de hoc crimine potuit cognoscere, *l. 1. §. suspecti, ff. ad senatusconsultum Turpill.* Hoc rescripto sublata fuit vetus dubitatio, & obtinuit hanc cognitionem cum generali mandato jurisdictionis in legatum Proconsulis transire; & exemplo legati, in eum cui Prætor in vrbe jurisdictionem mandavit. quod tamen obtinuisse non videtur in eo cui Præses provinciæ, non Proconsul, generaliter jurisdictionem mandavit; quod Accursius, & Cujac. hoc loco notant. Tentari tamen eleganter potest, vtrum hanc cognitionem specialiter mandare Præses possit? Quædam enim mandari possunt specialiter, quæ generali mandato non continentur: & ita specialiter delegati potuit cognitio in integrum restitutionis, vt nominatim ait *l. vlt. C. vbi & apud quem cognitio in integrum*, &c. quæ cum generali mandato transire non potuit in judicem delegatum. An idem dicendum est de hac suspecti cognitione propter summam vtilitatem pupillorum? hoc dicere videtur *d. l. pen. de offic. ejus cui mandata est jurisdict. Cognitio*, inquit, *suspecti tutoris mandari potest.* Hæc verba scripsit Macer lib. 1. de offic. Præsid. cujus nomen generale esse docuit eodem libro, *l. 1. ff. de offic. Præsid.* & quod ait *mandari potest*, id est specialiter: nam subjicit, *imò etiam ex mandata generali jurisdictione, propter vtilitatem pupillorum, eam contingere constitutum est.* Hoc probabiliter dici potest, sed contra receptam sententiam id asseverare non ausim.

§. II. Ostendimus qui possent de suspecto cognoscere: nunc videamus qui suspecti fieri possint. Et quidem omnes tutores[3] possunt, sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum, licèt vt suspectus remotus fuerit.

[3] OMNES TVTORES] Hæc actio fuit primùm constituta adversùs tutores qui ex leg. XII. tab. descendunt; vt actio de rationibus distrahendis, quâ non solùm teneri legitimos, sed & omnes qui jure tutores sunt, & gerunt tutelam, monet Vlp. in *l. 1. §. rationibus, ff. de tut. & rationib. distrah.* quod & necessariò adnotandum fuit hoc loco; vt intelligamus nullam hac in parte differentiam inter tutores esse constituendam: & generaliter postulari posse tutores, qui diligentiâ juris civilis, vt Theoph. loquitur ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας introducti sunt; qui ipso jure, id est jure civili tutores sunt, *l. 8. ff. de reb. eorum qui sub tut. vel cur. sunt*, id est qui dati sunt ex legibus, senatusconsultis & constitutionibus, secundùm formam nostro jure præscriptam, *l. jure nostro, ff. de testamentaria tutela.*

§. III. Consequens est vt videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam[4] esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimo & mulieres admittuntur ex rescripto divorum Severi & Antonini: sed eæ solæ quæ pietatis necessitudine ductæ, ad hoc pro-

cedunt: vt puta mater, nutrix quoque & avia possunt, potest & soror. sed & si qua alia mulier fuerit, cujus Prætor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam[5] egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

[4] QVASI PVBLICAM] Publica accusatio propriè est criminum, quæ ex legibus judiciorum publicorum descendunt, *l. 1. ff. de publicis judic.* in quibus solemnis & legitimus accusatór desideratur, *l. 6. ff. de custod. & exhibit. reor. l. 1. ff. de requirend. vel abs. damnand. l. rescripto, §. si quis, ff. de munerib. & honorib.* Ab hac autem accusatione qui destitit sine abolitione, tenetur pœnâ senatusconsulti Turpiliani, toto *tit. ad Sc. Turpil.* At hoc crimen suspecti, neque ex judiciorum publicorum legibus descendit, neque semper desiderat legitimum accusatorem, *l. 3. §. præterea, ff. hoc tit.* Et accusator qui destitit ab hac accusatione non tenetur pœnâ senatusconsulti Turpilliani, *l. 1. §. suspecti, ff. ad senatusconsultum Turpill.* Rectè igitur ait, *quasi publicam.* ideóque malè Theophilus omisit hîc particulam, *quasi.*

[5] SEXVS VERECVNDIAM] Si id verecundè expostulet à Prætore, non impudenter; vt Carfania illa quæ edicto causam dedit, *l. 1. §. 6. ff. de postulando.* Sic enim legendum esse ex Florentinis Cujac. docuit, vt apud Iuvenalem,

Carfania talem
Non sumat damnata togam.

§. IV. Impuberes[6] non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt.

[6] IMPVBERES] Ratio hujus diversitatis repetenda videtur à potestate tutorum in pupillos; quam, vt eleganter ait *l. 2. C. quando tutor. vel curat. esse desinunt,* voluntas pupillorum finire non potest. Eâdémque ratione constitutum fuit, nullam actionem posse dari pupillis adversus tutores, ex causâ quæ cœperit tutelæ tempore, *l. 10. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Et tutelæ actione agere tantùm pupillos adversus tutores tutelâ finitâ, *l. 4. ff. eod. tit. l. 4. §. hanc stipulationem, ff. rem pupilli salv. fore.* At contrà, curatores, & curatorum fidejussores vtili actione negotiorum gestorum, vel ex stipulatu conveniuntur, etiam manente administratione, vt quæque res minori salva esse desinit, *l. cum curatore, ff. de administrat. tutor. l. 1. §. sed si curator, & §. sed si pro tutore, ff. de contrar. tutel. & vtili actione, l. 16. §. vlt. ff. de tutel. & ration. distrah.* Nec obstant *l. 2. & 12. C. de administrat. tutor.* Sunt enim accipiendæ de generali negotiorum actione, quâ agi potest finitâ administratione; speciali verò actione negotiorum gestorum, etiam de vno negotio, pendente administratione agitur; actione verò tutelæ numquam de vno negotio agi potest.

*[6] IMPVBERES NON POSSVNT] At cur puberes possunt? impuberes non possunt? Ratio diversitatis hæc est, quia tutoris officium ex sola voluntate pupilli finiri non potest, *l. 2. Cod. quando tutor vel curator esse desin.* Secundò, quia nulla datur actio pupillis adversus tutores, ex causa quæ cœperit tutelæ tempore, nisi finitâ tutelâ, *l. 10. ff. de tutel. & rationib. distrah.* At puberes adversus curatores suos, & fidejussores eorum, simulac quæque eis res salva esse desinit, etiam manente administratione agere possunt, *l. 16. §. finali, ff. de tut. & rat. distrah. l. cum curatore, ff. de administrat. tut.* Nec obstat quòd impuberes possint accusare, & patris aut avi mortem exequi, *l. 2. § pupillis, ff. de accusat.* Nam præterquamquòd officium pietatis videtur hunc casum excepisse, certè & hæc alia ratio est; quia pupillis nomi-

natim legibus concessa est accusatio hæc, non autem illa suspecti tutoris.

§. V. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licèt solvendo sit[7], vt Iulianus quoque rescripsit. Sed & antè quàm[8] incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Iulianus rescripsit, & secundùm eum constitutum est.

[7] LICET SOLVENDO SIT] Magis enim expedit pupillo rem suam salvam fore, quàm actionem habere adversus tutorem locupletem. Et ita Vlp. *in l. 5. ff. hoc tit.* tutorem quamvis satis offerat, removendum esse à tutela; quia magis expedit pupillo rem suam salvam fore, quàm tabulas cautionis habere. Sed in §. *novissimè*, datur nova ratio ex Callistraro *l. 6. ff. hoc tit.* quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat: non enim facultates, sed fraudulenta, & callida in rebus pupilli conversatio suspectum tutorem facit, ait eleganter Vlp. in *l. 31. §. 1. ff. de rebus auctor. judic. possid.* Ad differentiam heredis, qui à crediroribus suspectus postulatur, quem sola paupertas sine malis moribus suspectum facit. hæc omnia videtur scripsisse Vlp. in lib. de omnibus tribunalibus, vt observare licet ex inscriptione *d. l. 31.* & ex inscriptione *l. 2. ff. hoc tit.*

[8] SED ET ANTE QVAM] Qui nihil gessit, non potest quasi suspectus postulari; quia suspectus est, qui fraudulenter versatur in administratione, non qui cessat. Et hoc est quod Vlp. scribit in *l. 4. §. vlt. ff. hoc tit.* Sola enim cessatio non præbet legitimam causam postulationis. Verùm si fraudulenter cessat, vel si de ignavia, & negligentia manifesta ab accusatore arguatur; removeri potest, quasi jam incipiat malè versari in negotiis pupillaribus. Et hæc fuit Iuliani sententia, secundùm quam constitutum fuisse Iustinianus ait, id est rescriptum à Principibus, *l. 2. & 3. Cod. hoc tit.* sic in *l. 7. §. vlt. ff. eod.* Si tutor datus evocatus edictis à Prætore non compareat, vt suspectus removetur ob hoc ipsum, quòd sui copiam non fecerit; quod perrarò, inquit Vlp. & habitâ diligenti inquisitione faciendum est. His autem casibus, non nego Prætorem sine accusatore posse suspectos removere; quia & hoc generaliter in omni casu favore pupillorum Prætor facere potest, *d. l. 3. §. præterea, ff. hoc tit.*

§. VI. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æquè.

§. VII. Si quis autem suspectus[9] postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, vt Papiniano visum est.

[9] SI QVIS AVTEM SVSPECTVS] Videtur hoc scripsisse Papin. lib. 12. quæstionum, docens suspectum tutorem remotum futuri temporis periculum non præstare, *l. decreto, ff. hoc tit.* quod meritò receptum fuit; nam & statim post postulationem receptam, interdicitur postulato tutelæ administratio. sed si receptâ, vel susceptâ cognitione finita sit tutela morte tutoris, vel aliâ ratione; extinguitur suspecti crimen: quia actio tutelæ incipit competere, quâ deficiente recurrimus ad hanc postulationem, & hoc quoque Papin. respondet *in l. pen. ff. hoc tit.*

§. VIII. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteàque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

§. IX. Si quis tutor copiam sui non faciat, vt alimenta pupillo decernantur, cavetur epistolâ diuorum Severi & Antonini, vt in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur, & quæ morâ deteriora futura sunt,

dato curatore distrahi jubentur. Ergo vt suspectus[10] removeri poterit, qui non præstat alimenta.

[10] ERGO VT SVSPECTVS] Ex epistola Severi, si copiam sui non facit tutor, vt pupillo alimenta decernantur; rei servandæ causa in bonorum possessionem tutoris mittitur pupillus, & datur curator bonis. Ergo, inquit, ob non præstita alimenta tutor removeri potest; quia qui latitans patitur pupillum mitti in possessionem, & curatorem dari bonis, jam sententiâ suâ suspectus factus est; & est igitur meritò removendus, vt colligere licet ex *l. 7. §. preterea, ff. hoc tit.* Et hæc est vera, ni fallor, explicatio hujus illationis, in qua viri docti hærent. Si verò per mendacium præsens negat posse decerni alimenta, non sufficit suspecti infamia; sed, vt maiori animadversione plectatur, remittitur ad Præfectum vrbi; vt is qui numis datis officialibus Prætoris tutelam redemit; vt libertus qui fraudulenter administrat tutelam filiorum patroni, *l. 1. §. solent, ff. de offic. Præfecti vrbi, d. l. 3. §. sed si non latitet, ff. hoc tit.*

§. X. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum vrbi puniendum, placuit: sicut ille remittitur, qui datâ pecuniâ ministeriis tutelam redemit.

§. XI. Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum vrbi remittitur puniendus.

§. XII. Novissimè sciendum est eos, qui fraudulenter tutelam, vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutiùs grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, vt suspectus sit. Enimverò tutor, vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen, & diligens, removendus non est quasi suspectus.



D. N. IVSTINIANI
PERPETVI AVGVSTI
INSTITVTIONVM SIVE ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magistrum & Exquæstore sacri palatii, & Theophilum, & Dorotheum viros illustres, & Antecessores,

LIBER SECVNDVS.

De divisione rerum, & qualitate.
CAPVT I.



VPERIORE libro de jure personarum exposuimus: modò videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio [1], vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica [2], quædam vniversitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit. *Ex Mart. l. 2. hoc tit.*

* [1] IN NOSTRO PATRIMONIO] Hîc per patrimonium generaliter intelligitur quidquid in bonis nostris est; sive quidquid in hominum commercio est, & acquiri potest. cùm enim agatur hîc de rebus quæ commerciis sunt expositæ, id est, quæ vsui hominum, commercio dominióque subjici possunt, vt modi acquirendi infrà demonstrant; in patrimonio nostro esse dicuntur, quæ vsui dominióque nostro subjici possunt; extra patrimonium, quæ non possunt, sive res corporales, sive incorporales, *l. 1. ff. de vsu & vsufr. leg.* Dices: servitutes nec ex bonis, nec extra bona sunt; ergo res omnes non sunt in patrimonio vel extrà. Respondeo, servitutes propriè, & per se non esse in bonis; sed ratione rerum quibus inhærent: & certè cùm dicantur nec extra bona esse, magis est vt bonis annumerentur; maximè, cùm eorum nomine actio competat, per quam eas quasi vindicamus, *§. æquè tit. de actionib. infrà*, & *l. rem in bonis, ff. de acquir. rer. dom.*

[2] QVÆDAM ENIM NATVRALI IVRE COMMVNIA SVNT OMNIVM, QVÆDAM PVBLICA] Communia à publicis separanda & distinguenda esse, nemo non videt; explosâ Placentini sententiâ, quæ generaliter communia publica esse dicebat, & contrà. Communia sunt, quæ discretis gentibus, regnis conditis,

constitutis civitatibus, & dominiis distinctis, naturali ratione inter omnes homines communia remanserunt; quia ab ipsa natura ita prodita sunt, vt omnibus pateant, & in vsum humano generi data videntur, à quibus, vt Seneca ait *lib. 4. de benefic.* excluditur nemo. Ejusmodi sunt, aër, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris; commune enim bonum fuit omnium hominum patere commercium maris, & regnum humani generis relaxari, ait idem Seneca. Hæc igitur propriè communia, in quibus antiquam illam communionem retinemus, quæ in cunabulis generis humani observata fuit inter omnes homines. Et horum proprietas nullius esse dicitur; quia in commune patet omnibus hominibus, nullâ habitâ ratione certæ gentis, certive populi, certæve civitatis; sed quatenus sunt homines dumtaxat, vt Vlp. loquitur *lib. Reg. tit. de tutelis*, vbi statum hominis dumtaxat, separat à statu civis, & à statu quem privatus habet in privata familia; quod vobis valde vsui esse potest in hac rerum differentia constituenda. Publica verò sunt, quæ discretis gentibus, & regnis conditis, inter omnes homines sub ejusdem populi regimine communia remanserunt; quamvis proprietas, vel à populo ipso occupata sit, vel à privatis; sicut flumina, & ripæ fluminum. Et publica dicuntur hoc jure, quæ populi Rom. sunt, vt rectè Theoph. hoc loco, & Iurisconsultus in *l. bona, ff. de verb. sign.* Sed publica cum hac adjectione, *juris gentium*, vt hac nota distinguantur ab aliis quæ sunt in patrimonio populi Rom. vel in vsibus publicis, *l. 6. ff. de contrah. emptione.* Hæc enim sunt publica jure civili, vel jure civitatis, non jure gentium. Publica tamen non impropriè communia dicuntur: nam quamvis communia propriè sint, quorum proprietas nullius est, sed vacat omnibus; horum tamen vsus communis est omnibus hominibus certi populi, certæve gentis. Communia verò impropriè sunt, quæ dicuntur communia civitatum, vel vniversitatis; quia neque omnibus hominibus ejusdem regni vel populi, sed civibus tantùm certæ civitatis communia sunt. Hæc igitur communio pomœrio civitatis concluditur, & jure civitatis: communio publicorum, terminis regni, & jure quo omnes vtuntur: communio verò eorum quæ propriè communia sunt, longè latéque patet; vtpote retenta, atque profecta ex antiqua illa communione, quæ initio omnium rerum inter omnes homines fuit; nullo jure vel gentium vel civili adhuc diligentiùs constituto, atque descripto inter gentes; quam communionem, neque jus gentium, neque jus civile, omninò delere atque obliterare potuit. Sed quemadmodum agrorum qualitates, & conditiones antiquas victoriis populi Rom. qui omnium fere gentium potitus est, valde fuisse immutatas ait Siculus Flaccus *in lib. de condition. agrorum.* Sic quoque, rerum hæc subtilis distinctio vix remansit integra, Rom. populo omnia fere maria, & litora imperio occupante. Rectè enim Aristides *orat. in Romam*, Romanam potentiam nihil effugere potuisse; non vrbem, non gentem, non portum, non locum vllum, nisi quem inutilem habuit. Ex qua occupatione sublata fere fuit gentium diversitas, quod his versibus eleganter expressit Rutilius Numantianus in *Itinerario.*

Fecisti patriam diversis gentibus vnam,
Profuit injustis te dominante capi.
Dúmque offers victis proprii consortia juris,
Vrbem fecisti, quod priùs orbis erat.

Hoc autem in litoribus potissimùm apparuit, quæ hostis arcendi terrendíque causâ populus Rom. sensim occupavit; missis in litora colonis, qui oras Imperii tuerentur, vt nominatim docet Siculus Flaccus; qui & ideo omnes colonias mariti-

mas fuisse appellatas scribit. Et hoc forsitan sensu Celsus noster dixit in *l. 3. ff. ne quid in loco publico.* litora, in quæ populus Rom. imperium habet, esse populi Rom. quamvis hæc communia sint eâdem formâ, quâ Frontinus in *lib. de limitib. agrorum*, quædam loca sacra, & religiosa ad populum Rom. pertinere ait, quæ tamen in hoc titulo nullius esse dicuntur.

Concludamus igitur, litora & maria, quæ propriè communia sunt, & publica dicta fuisse ratione quâdam; quamvis constet communia separanda esse à publicis. Et ita Gallus Ælius antiquus Iurisconsultus apud Festum, traditis diligenter differentiis inter sacrum, sanctum, & religiosum; addit hæc omnia portione quâdam, & temporibus eadem videri posse. nam & quod sacrum est, idem lege sancitâ & instituto majorum sanctum esse posse; quia violari sine pœna non potest: idem quoque religiosum esse; quia nihil homini ibi facere licet. Eâdem formâ, dico litora, quæ communia sunt, & publica populi Rom. dicta fuisse; quia populus Rom. in ea imperium habet; sed non ita publica, vt ea quæ sunt in patrimonio populi, quæ à privatis occupari non possunt. Publica igitur jure gentium, & ita publica vt communia, quæ occupanti in medio posita sunt, *l. 14. ff. de acquir. rer. dom.* Hæc enim communia, ab illis publicis hac notâ potissimùm distinguuntur; quia publica sunt jure civili, non jure gentium. Hac ratione in litoribus suo jure quilibet ædificare potest, & suum facere jure gentium, sine auctoritate publicâ Principis, vel senatus; quæ nominatim necessaria est ei, qui in loco publico, non communi ædificare vult; vt ædificium in publico suum facere possit. Et quod ait *l. quamvis, ff. de acquir. rer. dominio*, ei qui in litore ædificare vult, decretum Prætoris esse necessarium; non sic accipiendum est, quasi sine decreto Prætoris suum facere non possit; sed ne fortè res ad arma & rixam procedat, ceteris, quorum vsus communis est, prohibentibus manu, quod eis facere licet *d. l. quamvis.* Hoc autem Prætori summæ curæ esse debet, *l. 15. §. æquissimum, ff. de vsufructu.* Cujus decreto constabit, id fieri sine incommodo ceterorum, & sine vsus publici impedimento, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. ne quid in loco publico.* Vsus enim litoris innocuus esse debet, vt divini, & humani juris peritissimus Virgilius eleganter dixit *lib. 7. Æneid.*

Litúsque rogamus
Innocuum, & cunctis vndámque, aurámque patentem.

APPENDIX AD SVPERIORA.

Quædam ait esse communia, quædam publica, quædam vniversitatis. Communia propriè sunt, quæ omnium hominum, ipsâ naturâ dictante communia sunt; in quibus veteris communionis, quæ initio fuit rerum omnium, vestigia retinemus. Quamvis enim hæc sublata sit occupatione, & distinctione dominiorum; tamen necessariò remansit in istis, quæ occupari non potuerunt; & ideo dicuntur vacare omnibus, & nullius esse. Publica verò sunt, quæ proprietate quidem alicujus sunt, vt ait *l. 1. ff. de interdictis.* Certi populi puta, vt in hoc jure populi Rom. vel privatorum; sed vsu communia sunt omnium hominum ejusdem populi, vel imperii, vt flumina, portus, & ripæ fluminum: has enim publicas esse constat, quamvis proprietas privatorum sit. Aliud tamen obtinet in litoribus maris. vnde meritò quæritur diversitatis ratio, quæ sic forsan constituenda videtur: id constitutum fuisse in ripis fluminum; quia domini proximorum prædiorum non solùm ripas fluminum, sed etiam alveum ipsum fluminis præoccupatione quâdam occupasse videntur: flumine enim exsiccato proximorum fit, ad quos quoque pertinent jura alluvionum, & insulæ in flumine natæ, *l. ergo, §. 1. de acquir. rer.*

dom. Hoc autem ideo obtinuit in fluminibus; quia facilè mutatur flumen, & quia facillimum fuit hæc omnia complecti occupatione, & præoccupatione, à qua rerum dominia cœperunt. At contrà in mari id constitui non potuit, propter vastitatem, & vt ita dixerim infinitatem maris, quod & plerumque invisum quid & incognitum dicitur, vt bellissimè jocatur Catull. *in Epigrammate de saltu Mentulæ*.

Mentula habet justa trecenta jugera prati,
Quadraginta arvi, cetera sunt maria.

Quia igitur mare non mutatur, nec exsiccari solet; non mirum si nihil in mari, & in litoribus maris, quæ per consequentias sequuntur naturam maris, proximi domini occupasse videantur. Quam meam sententiam, sive conjecturam valde confirmant ea, quæ dicuntur à Iurisconsulto in *l.* 1. §. *si insula*, *&* §. *seq. ff. de fluminib.* & in *l. in agris*, *ff. de acquir. rerum domin.* Ex quibus constat ea quæ diximus de insulis in flumine natis, de veteri alveo, & de jure alluvionis; accipienda esse de agris, qui à veteribus dicti sunt occupatorii, & arcifinii, vel arcifinales; id est qui occupati fuerunt sine vlla certa mensura, finibúsve certis auctoritate publicâ constitutis; in quibus valere potest occupationis ratio. Nam si sint limitati & assignati certâ mensurâ, cessante occupationis ratione; quia nihil videri possunt in flumine præoccupasse, neque insula in flumine nata, neque alveus exsiccati fluminis ad horum dominos pertinere potest; sed fiunt primi occupantis, & eodem jure censentur, quo maris litora, ceteráque quæ nondum occupata videntur. Et ita contingit, vt quæ publica dicuntur ad differentiam communium, fiant communia hoc casu; & contrà litora, quæ sunt communia, quæ nullius esse dicuntur, Celsus *in vexata l.*3. *ff. ne quid in loco publico*, ait esse populi Rom. qui in ea imperium habet. Quod sic accipiendum videtur, vt quidem M. Tull. ait *lib.*3. *Offic.* Majores voluisse aliud esse jus gentium, aliud jus civile; quod enim civile, non idem continuò & gentium; quod gentium, idem civile esse debet. jus enim quod commune est omnium hominum, & commune est omnium civium; sed non eâdem ratione commune, quâ jus quod civitatis commune est. Sic quæ communia sunt omnium hominum, non malè dici cœperunt publica populi Rom. id est omnium hominum qui sunt ex populo Rom. Sed longè aliâ ratione quàm dicantur publica, quæ in patrimonio populi esse dicuntur, & quæ sunt publica jure civitatis, *l. quod in litore*, *ff. de acquir. rerum dom.* adhibitâ *l.* 2. §. 1. *ff. ne quid in loco publico*. Et ita tandem obtinuit de his, tamquam publicis, dari interdicta vtilia subtili ratione juris, deficientibus directis, *d. l.* 2. §. *adversus*, *l.* 1. §. *Labeo*, *ff. de fluminib.* quia sunt vsu publica omnium hominum, qui sub Imperio Rom. sunt. sic quæ vniversitatis esse dicuntur, vt distinguantur à publicis jure gentium, publica quoque dicuntur in *l.* 1. *ff. hoc tit.* quia publicis civium vsibus deserviunt. Impropriè ergo, & abusivè publica, vt Iurisconsultus loquitur *l.* 15. *&* *l.* 17. *ff. de verbor. sign.*

§. I. Et quidem naturali jure[3] communia sunt omnium[4] hæc, aër, aqua profluens[5], & mare, & per hoc litora maris[6]. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis[7], & monumentis, & ædificiis se abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut & mare.

*[3] ET QVIDEM NATVRALI IVRE] Id est jure gentium; nam illo jure naturali quod animantibus ceteris commune est, cessat omnis rerum hæc differentia.

*[4] COMMVNIA SVNT OMNIVM] In prima orbis constitutione, omnia omnibus

omnibus hominibus erant communia: ſed poſtquam humanis vrgentibus neceſſitatibus eodem jure naturali, id eſt jure gentium, diſcretæ fuerunt gentes, regna condita, dominia diſtincta, termini agris poſiti, vt eſt in *l. 5. ff. de juſtit. & jure:* ſublata eſt illa generalis rerum communio, non tamen omnium: quædam enim remanſerunt communes, quòd ab ipſa natura ita proditæ eſſent, vt omnibus in commune paterent, earúmque proprietas nullius eſſet; non gentis cujuſque certæ, non certi populi, aut certæ civitatis, ſed vacaret omnibus; cujuſmodi ſunt aër, aqua profluens, mare, & litora maris. Communia ergo propriè dicuntur hîc, in quibus veteris communionis, quæ initio rerum fuit, veſtigia retinemus, quæque vſu, & proprietate omnibus patent.

* 5 AQVA PROFLVENS] Dices: aqua profluens idem eſſe videtur quod flumen; ſed flumina publica ſunt, *§. ſeq. hoc tit.* ergo aqua profluens publica eſt, & non communis. Reſpondeo: diſtingui debet flumen ab aqua profluente; flumen enim conſtat alveo, & aquâ quæ alveum occupat; id eſt rem ipſam comprehendit, aquam ſcilicet ſimul junctam, & locum per quem fluit; ſicque flumen publicum eſt, nec cedit occupanti, ſed ejus populi eſt in cujus ditione fluit. Aqua autem profluens dicitur, quatenus ſemper fluit, *pro*, nimirum, id eſt *ſemper*, Contio interprete; ſpectamúſque in aqua profluente præcipuè vſum, qui omnibus communis eſt, & liber non minùs quàm aëris; vnde appoſitè Ovidius *lib. 6. Metamorph.*

Quid prohibetis aquas? vſus communis aquarum eſt,
Nec ſolem proprium, natura, nec aëra fecit,
Nec tenues vndas.

* 6 LITORA MARIS] Dices: ex *l. 3. ff. ne quid in loco pub.* litora maris ſunt populi Rom. qui in ea imperium habet; ergo ſunt publica, & non communia. Reſpondeo, licèt litora maris propriè communia ſint, publica tamen dici poſſe ratione quâdam, inſpecto, ſcilicet, ſtatu Imperii Rom. poſt Auguſtum & alios Imperatores; quorum temporibus in eam magnitudinem jam prolatum erat Imperium, vt totum fere [illegible]bem complecti videretur. Petronius,

[illegible]bem jam totum victor Romanus habebat,
[illegible], quà terras, quà ſidus currit vtrumque.

Et certè litor[illegible]pulo Rom. ſenſim occupata fuiſſe, illud ſatis argumento eſt; quòd ibi pr[illegible]ia conſtitui ſolita eſſent, quæ oras maris, & Imperii tuerentur. Sueton. *in Auguſto,* [illegible]p. 49. *Claſſem,* inquit, *Miſeni, & alteram Ravenæ, ad tutelam ſuperi & inferi maris collocavit.* Atque hunc Imperii ſtatum fortè ſpectans Celſus in *d. l. 3.* ait, litora in quæ populus Rom. imperium habet, eſſe populi Rom. ac proinde publica; at non ita publica, vt ea quæ ſunt in patrimonio populi Rom. vt nominatim dicitur in *l. quod in litore 14. ff. de acquir. rer. dom.* Iſta enim publica ſunt jure civili, illa jure gentium. Publica autem jure civili, à privatis occupari non poſſunt; publica jure gentium poſſunt: in litoribus enim quilibet ædificare poteſt jure ſuo, & ſuum facere jure gentium, *d. l. quod in litore,* etiam ſine auctoritate publica Principis, vel Senatus; quæ tamen neceſſaria eſt ei, qui in loco publico ad patrimonium populi Rom. pertinente ædificare vult. Dices, neceſſarium eſſe decretum Prætoris ei qui in litore ædificare vult, *l. quamvis, ff. de acquir. rer. dom.* Reſpondeo, id non ſic accipi debere, quaſi ſine decreto Prætoris ſuum facere non poſſit; ſed ne fortè res ad arma & rixam procedat, ceteris, quorum vſus litoris communis eſt, manu prohibentibus, quod eis facere licet, *d. l. quamvis,* quoties cum eorum incommodo, & vſus publici impedimento ædificatur, *d. l. 3. §. fin.* & *l. 4. ff. ne quid in loco publico.*

O

poteſt infamiæ notam? Et hoc ſingulari reſcripto Severus & Anton. reſcripſerunt, mariti admittendam eſſe ex poſt facto excuſationem. Hoc eſt igitur novum jus ad conſtitutionem D. Marci hoc reſcripto introductum. Multas huic libro probatas & receptas ſententias, vel ex reſcriptis Principum, vel ex reſponſis Iuriſconſultorum inſeruit Iuſtinian. vt in §. *ſimiliter, ſuprà, hoc tit.* excuſandum eſſe illiteratum, quamvis negotiorum expers non ſit, contra ſententiam Pauli. Et ita in §. *theſaurus, infrà, de rer. diviſ.* proponitur, & probatur reſcriptum Adriani contrarium reſcripto D. fratrum, de quo in *l.* 3. §. *pen. ff. de jure fiſci.* Quod autem ait; excuſari maritum, qui ex d. oratione D. Marci omnino dari non poteſt; importunè dictum videtur, nec tamen ſine exemplo. Nam eâdem formâ Vlp. in *l.* 1. §. *initium, ff. de poſtulando*, ait, Prætorem excuſare à poſtulatione pueros & ſurdos, quos tamen in totum fuiſſe prohibitos conſtat. Et hac ratione fretus Cujac. *lib.* 26. *Obſ. cap.* 38. in d. l. pro *excuſavit*, reponendum eſſe cenſet vetus verbum, *excuriavit.* Sed ex hoc loco non malè poſſumus receptam lectionem defendere. Maritus in totum curam ſuſcipere prohibetur, & tamen excuſari dicitur hoc loco. Eâdem igitur formâ Vlpianus dixit Prætorem pueros excuſare, quos edictum in totum prohibet poſtulare.

§. XX. Si quis autem falſis allegationibus [18] excuſationem tutelæ meruit, non eſt liberatus onere tutelæ.

[18] FALSIS ALLEGATIONIBUS] Hoc quoque nominatim ex ſacris conſtitutionibus inductum fuiſſe, docet Paulus in *l. ſi quis tutor* 60. *ff. de ritu nupt.* Et quia ab onere tutelæ non liberatur, qui falſis allegationibus excuſationem meruit; rectè Paulus ait, in numerum trium tutelarum, quæ quartæ excuſationem præſtant, §. *item tria, ſuprà, hoc tit.* hujuſmodi periculum computari. Quod miror virum eruditum Rœvardum non intellexiſſe lib. 2. Var. cap. 10. vbi neſcio quas tres feminarum tutelas comminiſcitur. Ratio eſt, quia illius tutelæ onere nondum liberatus intelligitur, qui tenetur ob tutelam falſis allegationibus evitatam.

De ſuſpectis tutoribus vel curatoribus.

CAPVT XXVI.

SCIENDVM eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum [1] deſcendere.

* QVÆ tradit hîc Iuſtinianus, magna ex parte deſumpta ſunt ex *l.* 1. *ff. hoc tit.* in qua nominatim ait Vlpianus ſuſpecti tutoris accuſationem pendere ex lege XII. tab. ex qua etiam manavit actio in duplum adverſus tutorem qui rem pupilli furatus eſt, interverſis & perturbatis rationibus pupilli, *l. tres tutores*, §. 1. *ff. de adminiſtrat. tutor.*

[1] EX LEGE XII. TAB.] Ex eadem lege proponitur actio in duplum adverſus tutorem, qui rationes pupillares dolo malo avertit, & conturbavit, *l.* 55. §. 1. *ff. de adminiſtr. tut.* quæ his verbis ſignificatur, *rationibus diſtrahendis*, in *tit. ff. de tutel. & rationib. diſtrahendis.* Hæc verò ſuſpecti actio datur adverſus eum, qui fraudulenter verſatur in adminiſtratione rerum pupillarium. Meritò igitur M. Tull. *lib.* 3. *de offic.* ſcribit,

scribit, dolum malum in tutela admissum lege XII. tab. vindicari.

§. I. Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori, & in provinciis Præsidibus earum, & legato Proconsulis[2]. *Ex Vlp. l. 1. eod.*

[2] LEGATO PROCONSVLIS] Ante rescriptum Severi, de quo in *l. pen. ff. de officio ejus cui mand. est jurisd.* & in *l. 1. §. damus, ff. hoc tit.* nullus alius quàm Præses, id est is qui provinciam regit, de hoc crimine potuit cognoscere, *l. 1. §. suspecti, ff. ad senatusconsultum Turpill.* Hoc rescripto sublata fuit vetus dubitatio, & obtinuit hanc cognitionem cum generali mandato jurisdictionis in legatum Proconsulis transire; & exemplo legati, in eum cui Prætor in vrbe jurisdictionem mandavit. quod tamen obtinuisse non videtur in eo cui Præses provinciæ, non Proconsul, generaliter jurisdictionem mandavit; quod Accursius, & Cujac. hoc loco notant. Tentari tamen eleganter potest, vtrum hanc cognitionem specialiter mandare Præses possit? Quædam enim mandari possunt specialiter, quæ generali mandato non continentur: & ita specialiter delegari potuit cognitio in integrum restitutionis, vt nominatim ait *l. vlt. C. vbi & apud quem cognitio in integrum,* &c. quæ cum generali mandato transire non potuit in judicem delegatum. An idem dicendum est de hac suspecti cognitione propter summam vtilitatem pupillorum? hoc dicere videtur *d. l. pen. de offic. ejus cui mandata est jurisdict. Cognitio,* inquit, *suspecti tutoris mandari potest.* Hæc verba scripsit Macer lib. 1. de offic. Præsid. cujus nomen generale esse docuit eodem libro, *l. 1. ff. de offic. Præsid.* & quod ait *mandari potest*, id est specialiter: nam subjicit, *imò etiam ex mandata generali jurisdictione, propter vtilitatem pupillorum, eam contingere constitutum est.* Hoc probabiliter dici potest, sed contra receptam sententiam id asseverare non ausim.

§. II. Ostendimus qui possent de suspecto cognoscere: nunc videamus qui suspecti fieri possint. Et quidem omnes tutores[3] possunt, sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum, licèt vt suspectus remotus fuerit.

[3] OMNES TVTORES] Hæc actio fuit primùm constituta adversùs tutores qui ex leg. XII. tab. descendunt; vt actio de rationibus distrahendis, quâ non solùm teneri legitimos, sed & omnes qui jure tutores sunt, & gerunt tutelam, monet Vlp. in *l. 1. §. rationibus, ff. de tut. & rationib. distrah.* quod & necessariò adnotandum fuit hoc loco; vt intelligamus nullam hac in parte differentiam inter tutores esse constituendam: & generaliter postulari posse tutores, qui diligentiâ juris civilis, vt Theoph. loquitur ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας introducti sunt; qui ipso jure, id est jure civili tutores sunt, *l. 8. ff. de reb. eorum qui sub tut. vel cur. sunt*, id est qui dati sunt ex legibus, senatusconsultis & constitutionibus, secundùm formam nostro jure præscriptam, *l. jure nostro, ff. de testamentaria tutela.*

§. III. Consequens est vt videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam[4] esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimo & mulieres admittuntur ex rescripto divorum Severi & Antonini: sed eæ solæ quæ pietatis necessitudine ductæ, ad hoc pro-

cedunt: vt puta mater, nutrix quoque & avia possunt, potest & soror. sed & si qua alia mulier fuerit, cujus Prætor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam[5] egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

[4] QVASI PVBLICAM] Publica accusatio propriè est criminum, quæ ex legibus judiciorum publicorum descendunt, *l. 1. ff. de publicis judic.* in quibus solemnis & legitimus accusatór desideratur, *l. 6. ff. de custod. & exhibit. reor. l. 1. ff. de requirend. vel abs. damnand. l. rescripto, §. si quis, ff. de munerib. & honorib.* Ab hac autem accusatione qui destitit sine abolitione, tenetur pœnâ senatusconsulti Turpiliani, toto *tit. ad Sc. Turpil.* At hoc crimen suspecti, neque ex judiciorum publicorum legibus descendit, neque semper desiderat legitimum accusatorem, *l. 3. §. præterea, ff. hoc tit.* Et accusator qui destitit ab hac accusatione non tenetur pœnâ senatusconsulti Turpilliani, *l. 1. §. suspecti, ff. ad senatusconsultum Turpill.* Rectè igitur ait, *quasi publicam.* ideóque malè Theophilus omisit hîc particulam, *quasi.*

[5] SEXVS VERECVNDIAM] Si id verecundè expostulet à Prætore, non impudenter; vt Carfania illa quæ edicto causam dedit, *l. 1. §. 6. ff. de postulando.* Sic enim legendum esse ex Florentinis Cujac. docuit, vt apud Iuvenalem,

Carfania talem
Non sumat damnata togam.

§. IV. Impuberes[6] non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt.

[6] IMPVBERES] Ratio hujus diversitatis repetenda videtur à potestate tutorum in pupillos; quam, vt eleganter ait *l. 2. C. quando tutor. vel curat. esse desinunt*, voluntas pupillorum finire non potest. Eâdémque ratione constitutum fuit, nullam actionem posse dari pupillis adversus tutores, ex causa quæ cœperit tutelæ tempore, *l. 10. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Et tutelæ actione agere tantùm pupillos adversus tutores tutelâ finitâ, *l. 4. ff. eod. tit. l. 4. §. hanc stipulationem, ff. rem pupilli salv. fore.* At contrà, curatores, & curatorum fidejussores vtili actione negotiorum gestorum, vel ex stipulatu conveniuntur, etiam manente administratione, vt quæque res minori salva esse desinit, *l. cum curatore, ff. de administrat. tutor. l. 1. §. sed si curator, & §. sed si pro tutore, ff. de contrar. tutel. & vtili actione, l. 16. §. vlt. ff. de tutel. & ration. distrah.* Nec obstant *l. 2. & 12. C. de administrat. tutor.* Sunt enim accipiendæ de generali negotiorum actione, quâ agi potest finitâ administratione; speciali verò actione negotiorum gestorum, etiam de vno negotio, pendente administratione agitur; actione verò tutelæ numquam de vno negotio agi potest.

* [6] IMPVBERES NON POSSVNT] At cur puberes possunt? impuberes non possunt? Ratio diversitatis hæc est, quia tutoris officium ex sola voluntate pupilli finiri non potest, *l. 2. Cod. quando tutor vel curator esse desin.* Secundò, quia nulla datur actio pupillis adversus tutores, ex causa quæ cœperit tutelæ tempore, nisi finitâ tutelâ, *l. 10. ff. de tutel. & rationib. distrah.* At puberes adversus curatores suos, & fidejussores eorum, simulac quæque eis res salva esse desinit, etiam manente administratione agere possunt, *l. 16. §. finali, ff. de tut. & rat. distrah. l. cum curatore, ff. de administrat. tut.* Nec obstat quòd impuberes possint accusare, & patris aut avi mortem exequi, *l. 2. §. pupillis, ff. de accusat.* Nam præterquamquòd officium pietatis videtur hunc casum excepisse, certè & hæc alia ratio est; quia pupillis nomi-

natim legibus concessa est accusatio hæc, non autem illâ suspecti tutoris.

§. V. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licèt solvendo sit[7], vt Iulianus quoque rescripsit. Sed & antè quàm[8] incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Iulianus rescripsit, & secundùm eum constitutum est.

[7] LICET SOLVENDO SIT] Magis enim expedit pupillo rem suam salvam fore, quàm actionem habere adversus tutorem locupletem. Et ita Vlp. *in l. 5. ff. hoc tit.* tutorem quamvis satis offerat, removendum esse à tutela; quia magis expedit pupillo rem suam salvam fore, quàm tabulas cautionis habere. Sed in §. *novissimè*, datur nova ratio ex Callistrato *l. 6. ff. hoc tit.* quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat: non enim facultates, sed fraudulenta, & callida in rebus pupilli conversatio suspectum tutorem facit, ait eleganter Vlp. in *l. 31. §. 1. ff. de rebus auctor. judic. possid.* Ad differentiam heredis, qui à creditoribus suspectus postulatur, quem sola paupertas sine malis moribus suspectum facit. hæc omnia videtur scripsisse Vlp. in lib. de omnibus tribunalibus, vt observare licet ex inscriptione *d. l. 31.* & ex inscriptione *l. 2. ff. hoc tit.*

[8] SED ET ANTE QUAM] Qui nihil gessit, non potest quasi suspectus postulari; quia suspectus est, qui fraudulenter versatur in administratione, non qui cessat. Et hoc est quod Vlp. scribit in *l. 4. §. vlt. ff. hoc tit.* Sola enim cessatio non præbet legitimam causam postulationis. Verùm si fraudulenter cessat, vel si de ignavia, & negligentia manifesta ab accusatore arguatur; removeri potest, quasi jam incipiat malè versari in negotiis pupillaribus. Et hæc fuit Iuliani sententia, secundùm quam constitutum fuisse Iustinianus ait, id est rescriptum à Principibus, *l. 2. & 3. Cod. hoc tit.* sic in *l. 7. §. vlt. ff. eod.* Si tutor datus evocatus edictis à Prætore non compareat, vt suspectus removetur ob hoc ipsum, quòd sui copiam non fecerit; quod perrarò, inquit Vlp. & habitâ diligenti inquisitione faciendum est. His autem casibus, non nego Prætorem sine accusatore posse suspectos removere; quia & hoc generaliter in omni casu favore pupillorum Prætor facere potest, *d. l. 3. §. præterea, ff. hoc tit.*

§. VI. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æquè.

§. VII. Si quis autem suspectus[9] postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, vt Papiniano visum est.

[9] SI QVIS AVTEM SVSPECTVS] Videtur hoc scripsisse Papin. lib. 12. quæstionum, docens suspectum tutorem remotum futuri temporis periculum non præstare, *l. decreto, ff. hoc tit.* quod meritò receptum fuit; nam & statim post postulationem receptam, interdicitur postulato tutelæ administratio. sed si receptâ, vel susceptâ cognitione finita sit tutela morte tutoris, vel aliâ ratione; extinguitur suspecti crimen: quia actio tutelæ incipit competere, quâ deficiente recurrimus ad hanc postulationem, & hoc quoque Papin. respondet *in l. pen. ff. hoc tit.*

§. VIII. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteàque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

§. IX. Si quis tutor copiam sui non faciat, vt alimenta pupillo decernantur, cavetur epistolâ diuorum Severi & Antonini, vt in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur, & quæ morâ deteriora futura sunt,

dato curatore distrahi jubentur. Ergo vt suspectus [10] removeri poterit, qui non præstat alimenta.

[10] ERGO VT SVSPECTVS] Ex epistola Severi, si copiam sui non facit tutor, vt pupillo alimenta decernantur; rei servandæ causa in bonorum possessionem tutoris mittitur pupillus, & datur curator bonis. Ergo, inquit, ob non præstita alimenta tutor removeri potest; quia qui latitans patitur pupillum mitti in possessionem, & curatorem dari bonis, jam sententiâ suâ suspectus factus est; & est igitur meritò removendus, vt colligere licet ex *l. 7. §. preterea, ff. hoc tit.* Et hæc est vera, ni fallor, explicatio hujus illationis, in qua viri docti hærent. Si verò per mendacium præsens negat posse decerni alimenta, non sufficit suspecti infamia; sed, vt maiori animadversione plectatur, remittitur ad Præfectum vrbi; vt is qui numis datis officialibus Prætoris tutelam redemit; vt libertus qui fraudulenter administrat tutelam filiorum patroni, *l. 1. §. solent, ff. de offic. Præfecti vrbi, d. l. 3. §. sed si non latitet, ff. hoc tit.*

§. X. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum vrbi puniendum, placuit: sicut ille remittitur, qui datâ pecuniâ ministeriis tutelam redemit.

§. XI. Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum vrbi remittitur puniendus.

§. XII. Novissimè sciendum est eos, qui fraudulenter tutelam, vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutiùs grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, vt suspectus sit. Enimverò tutor, vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen, & diligens, removendus non est quasi suspectus.



D. N. IVSTINIANI

PERPETVI AVGVSTI

INSTITVTIONVM SIVE ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magiſtrum & Exquæſtore ſacri palatii, & Theophilum, & Dorotheum viros illuſtres, & Anteceſſores,

LIBER SECVNDVS.

De diviſione rerum, & qualitate.

CAPVT I.



VPERIORE libro de jure perſonarum expoſuimus: modò videamus de rebus, quæ vel in noſtro patrimonio [1], vel extra patrimonium noſtrum habentur. Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica [2], quædam vniverſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ ex variis cauſis cuique adquiruntur, ſicut ex ſubjectis apparebit. *Ex Mart. l. 2. hoc tit.*

* [1] IN NOSTRO PATRIMONIO] Hîc per patrimonium generaliter intelligitur quidquid in bonis noſtris eſt; ſive quidquid in hominum commercio eſt, & acquiri poteſt. cùm enim agatur hîc de rebus quæ commerciis ſunt expoſitæ, id eſt, quæ vſui hominum, commercio dominióque ſubjici poſſunt, vt modi acquirendi infrà demonſtrant; in patrimonio noſtro eſſe dicuntur, quæ vſui dominióque noſtro ſubjici poſſunt; extra patrimonium, quæ non poſſunt, ſive res corporales, ſive incorporales, *l. 1. ff. de vſu & vſufr. leg.* Dices: ſervirutes nec ex bonis, nec extra bona ſunt; ergo res omnes non ſunt in patrimonio vel extrà. Reſpondeo, ſervitutes propriè, & per ſe non eſſe in bonis; ſed ratione rerum quibus inhærent: & certè cùm dicantur nec extra bona eſſe, magis eſt vt bonis annumerentur; maximè, cùm eorum nomine actio competat, per quam eas quaſi vindicamus, *§. æquè tit. de actionib. infrà*, & *l. rem in bonis, ff. de acquir. rer. dom.*

[2] QVÆDAM ENIM NATVRALI IVRE COMMVNIA SVNT OMNIVM, QVÆDAM PVBLICA] Communia à publicis ſeparanda & diſtinguenda eſſe, nemo non videt; exploſâ Placentini ſententiâ, quæ generaliter communia publica eſſe dicebat, & contrà. Communia ſunt, quæ diſcretis gentibus, regnis conditis,

constitutis civitatibus, & dominiis distinctis, naturali ratione inter omnes homines communia remanserunt; quia ab ipsa natura ita prodita sunt, vt omnibus pateant, & in vsum humano generi data videntur, à quibus, vt Seneca ait *lib. 4. de benefic.* excluditur nemo. Ejusmodi sunt, aër, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris; commune enim bonum fuit omnium hominum patere commercium maris, & regnum humani generis relaxari, ait idem Seneca. Hæc igitur propriè communia, in quibus antiquam illam communionem retinemus, quæ in cunabulis generis humani observata fuit inter omnes homines. Et horum proprietas nullius esse dicitur; quia in commune patet omnibus hominibus, nullâ habitâ ratione certæ gentis, certíve populi, certæve civitatis; sed quatenus sunt homines dumtaxat, vt Vlp. loquitur *lib. Reg. tit. de tutelis*, vbi statum hominis dumtaxat, separat à statu civis, & à statu quem privatus habet in privata familia; quod vobis valde vsui esse potest in hac rerum differentia constituenda. Publica verò sunt, quæ discretis gentibus, & regnis conditis, inter omnes homines sub ejusdem populi regimine communia remanserunt; quamvis proprietas, vel à populo ipso occupata sit, vel à privatis; sicut flumina, & ripæ fluminum. Et publica dicuntur hoc jure, quæ populi Rom. sunt, vt rectè Theoph. hoc loco, & Iurisconsultus in *l. bona, ff. de verb. sign.* Sed publica cum hac adjectione, *juris gentium*, vt hac nota distinguantur ab aliis quæ sunt in patrimonio populi Rom. vel in vsibus publicis, *l. 6. ff. de contrah. emptione.* Hæc enim sunt publica jure civili, vel jure civitatis, non jure gentium. Publica tamen non impropriè communia dicuntur: nam quamvis communia propriè sint, quorum proprietas nullius est, sed vacat omnibus; horum tamen vsus communis est omnibus hominibus certi populi, certæve gentis. Communia verò impropriè sunt, quæ dicuntur communia civitatum, vel vniversitatis; quia neque omnibus hominibus ejusdem regni vel populi, sed civibus tantùm certæ civitatis communia sunt. Hæc igitur communio pomœrio civitatis concluditur, & jure civitatis: communio publicorum, terminis regni, & jure quo omnes vtuntur: communio verò eorum quæ propriè communia sunt, longè latéque patet; vtpote retenta, atque profecta ex antiqua illa communione, quæ initio omnium rerum inter omnes homines fuit; nullo jure vel gentium vel civili adhuc diligentiùs constituto, atque descripto inter gentes; quam communionem, neque jus gentium, neque jus civile, omninò delere atque obliterare potuit. Sed quemadmodum agrorum qualitates, & conditiones antiquas victoriis populi Rom. qui omnium fere gentium potitus est, valde fuisse immutatas ait Siculus Flaccus *in lib. de condition. agrorum.* Sic quoque, rerum hæc subtilis distinctio vix remansit integra, Rom. populo omnia fere maria, & litora imperio occupante. Rectè enim Aristides *orat. in Romam*, Romanam potentiam nihil effugere potuisse; non vrbem, non gentem, non portum, non locum vllum, nisi quem inutilem habuit. Ex qua occupatione sublata fere fuit gentium diversitas, quod his versibus eleganter expressit Rutilius Numantianus in *Itinerario.*

Fecisti patriam diversis gentibus vnam,
Profuit injustis te dominante capi.
Dúmque offers victis proprii consortia juris,
Vrbem fecisti, quod priùs orbis erat.

Hoc autem in litoribus potissimùm apparuit, quæ hostis arcendi terrendíque causâ populus Rom. sensim occupavit; missis in litora colonis, qui oras Imperii tuerentur, vt nominatim docet Siculus Flaccus; qui & ideo omnes colonias mariti-

mas fuisse appellatas scribit. Et hoc forsitan sensu Celsus noster dixit in *l. 3. ff. ne quid in loco publico.* litora, in quæ populus Rom. imperium habet, esse populi Rom. quamvis hæc communia sint eâdem formâ, quâ Frontinus in *lib. de limitib. agrorum*, quædam loca sacra, & religiosa ad populum Rom. pertinere ait, quæ tamen in hoc titulo nullius esse dicuntur.

Concludamus igitur, litora & maria, quæ propriè communia sunt, & publica dicta fuisse ratione quâdam; quamvis constet communia separanda esse à publicis. Et ita Gallus Ælius antiquus Iurisconsultus apud Festum, traditis diligenter differentiis inter sacrum, sanctum, & religiosum; addit hæc omnia portione quâdam, & temporibus eadem videri posse. nam & quod sacrum est, idem lege sancitâ & instituto majorum sanctum esse posse; quia violari sine pœna non potest: idem quoque religiosum esse; quia nihil homini ibi facere licet. Eâdem formâ, dico litora, quæ communia sunt, & publica populi Rom. dicta fuisse; quia populus Rom. in ea imperium habet; sed non ita publica, vt ea quæ sunt in patrimonio populi, quæ à privatis occupari non possunt. Publica igitur jure gentium, & ita publica vt communia, quæ occupanti in medio posita sunt, *l. 14. ff. de acquir. rer. dom.* Hæc enim communia, ab illis publicis hac notâ potissimùm distinguuntur; quia publica sunt jure civili, non jure gentium. Hac ratione in litoribus suo jure quilibet ædificare potest, & suum facere jure gentium, sine auctoritate publicâ Principis, vel senatus; quæ nominatim necessaria est ei, qui in loco publico, non communi ædificare vult; vt ædificium in publico suum facere possit. Et quod ait *l. quamvis, ff. de acquir. rer. dominio*, ei qui in litore ædificare vult, decretum Prætoris esse necessarium; non sic accipiendum est, quasi sine decreto Prætoris suum facere non possit; sed ne fortè res ad arma & rixam procedat, ceteris, quorum vsus communis est, prohibentibus manu, quod eis facere licet *d. l. quamvis.* Hoc autem Prætori summæ curæ esse debet, *l. 15. §. equissimum, ff. de vsufructu.* Cujus decreto constabit, id fieri sine incommodo ceterorum, & sine vsus publici impedimento, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. ne quid in loco publico.* Vsus enim litoris innocuus esse debet, vt divini, & humani juris peritissimus Virgilius eleganter dixit *lib. 7. Æneid.*

Litúsque rogamus
Innocuum, & cunctis vndámque, aurámque patentem.

APPENDIX AD SVPERIORA.

Quædam ait esse communia, quædam publica, quædam vniversitatis. Communia propriè sunt, quæ omnium hominum, ipsâ naturâ dictante communia sunt; in quibus veteris communionis, quæ initio fuit rerum omnium, vestigia retinemus. Quamvis enim hæc sublata sit occupatione, & distinctione dominiorum; tamen necessariò remansit in istis, quæ occupari non potuerunt; & ideo dicuntur vacare omnibus, & nullius esse. Publica verò sunt, quæ proprietate quidem alicujus sunt, vt ait *l. 1. ff. de interdictis.* Certi populi puta, vt in hoc jure populi Rom. vel privatorum; sed vsu communia sunt omnium hominum ejusdem populi, vel imperii, vt flumina, portus, & ripæ fluminum: has enim publicas esse constat, quamvis proprietas privatorum sit. Aliud tamen obtinet in litoribus maris. vnde meritò quæritur diversitatis ratio, quæ sic forsan constituenda videtur: id constitutum fuisse in ripis fluminum; quia domini proximorum prædiorum non solùm ripas fluminum, sed etiam alveum ipsum fluminis præoccupatione quâdam occupasse videntur: flumine enim exsiccato proximorum fit, ad quos quoque pertinent jura alluvionum, & insulæ in flumine natæ, *l. ergo, §. 1. de acquir. rer.*

dom. Hoc autem ideo obtinuit in fluminibus; quia facilè mutatur flumen, & quia facillimum fuit hæc omnia complecti occupatione, & præoccupatione, à qua rerum dominia cœperunt. At contrà in mari id constitui non potuit, propter vastitatem, & vt ita dixerim infinitatem maris, quod & plerumque invisum quid & incognitum dicitur, vt bellissimè jocatur Catull. *in Epigrammate de saltu Mentula*,

Mentula habet justa trecenta jugera prati,
Quadraginta arvi, cetera sunt maria.

Quia igitur mare non mutatur, nec exsiccari solet; non mirum si nihil in mari, & in litoribus maris, quæ per consequentias sequuntur naturam maris, proximi domini occupasse videantur. Quam meam sententiam, sive conjecturam valde confirmant ea, quæ dicuntur à Iurisconsulto in *l.* 1. §. *si insula*, *&* §. *seq. ff. de fluminib.* & in *l. in agris*, *ff. de acquir. rerum domin.* Ex quibus constat ea quæ diximus de insulis in flumine natis, de veteri alveo, & de jure alluvionis; accipienda esse de agris, qui à veteribus dicti sunt occupatorii, & arcifinii, vel arcifinales; id est qui occupati fuerunt sine vlla certa mensura, finibúsve certis auctoritate publicâ constitutis; in quibus valere potest occupationis ratio. Nam si sint limitati & assignati certâ mensurâ, cessante occupationis ratione; quia nihil videri possunt in flumine præoccupasse, neque insula in flumine nata, neque alveus exsiccati fluminis ad horum dominos pertinere potest; sed fiunt primi occupantis, & eodem jure censentur, quo maris litora, ceteráque quæ nondum occupata videntur. Et ita contingit, vt quæ publica dicuntur ad differentiam communium, fiant communia hoc casu; & contrà litora, quæ sunt communia, quæ nullius esse dicuntur, Celsus *in vexata l.* 3. *ff. ne quid in loco publico*, ait esse populi Rom. qui in ea imperium habet. Quod sic accipiendum videtur, vt quidem M. Tull. ait *lib.* 3. *Offic.* Majores voluisse aliud esse jus gentium, aliud jus civile; quod enim civile, non idem continuò & gentium; quod gentium, idem civile esse debet. jus enim quod commune est omnium hominum, & commune est omnium civium; sed non eâdem ratione commune, quâ jus quod civitatis commune est. Sic quæ communia sunt omnium hominum, non malè dici cœperunt publica populi Rom. id est omnium hominum qui sunt ex populo Rom. Sed longè aliâ ratione quàm dicantur publica, quæ in patrimonio populi esse dicuntur, & quæ sunt publica jure civitatis, *l. quod in litore*, *ff. de acquir. rerum dom.* adhibitâ *l.* 2. §. 1. *ff. ne quid in loco publico*. Et ita tandem obtinuit de his, tamquam publicis, dari interdicta vtilia subtili ratione juris, deficientibus directis, *d. l.* 2. §. *adversus*, *l.* 1. §. *Labeo*, *ff. de fluminib.* quia sunt vsu publica omnium hominum, qui sub Imperio Rom. sunt. sic quæ vniversitatis esse dicuntur, vt distinguantur à publicis jure gentium, publica quoque dicuntur in *l.* 1. *ff. hoc tit.* quia publicis civium vsibus deserviunt. Impropriè ergo, & abusivè publica, vt Iurisconsultus loquitur *l.* 15. *&* *l.* 17. *ff. de verbor. sign.*

§. I. Et quidem naturali jure[3] communia sunt omnium[4] hæc, aër, aqua profluens[5], & mare, & per hoc litora maris[6]. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis[7], & monumentis, & ædificiis se abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut & mare.

*[3] ET QVIDEM NATVRALI IVRE] Id est jure gentium; nam illo jure naturali quod animantibus ceteris commune est, cessat omnis rerum hæc differentia.

*[4] COMMVNIA SVNT OMNIVM] In prima orbis constitutione, omnia omnibus

omnibus hominibus erant communia: sed postquam humanis vrgentibus necessitatibus eodem jure naturali, id est jure gentium, discretæ fuerunt gentes, regna condita, dominia distincta, termini agris positi, vt est in *l. 5. ff. de justit. & jure:* sublata est illa generalis rerum communio, non tamen omnium: quædam enim remanserunt communes, quòd ab ipsa natura ita proditæ essent, vt omnibus in commune paterent, earúmque proprietas nullius esset; non gentis cujusque certæ, non certi populi, aut certæ civitatis, sed vacaret omnibus; cujusmodi sunt aër, aqua profluens, mare, & litora maris. Communia ergo propriè dicuntur hîc, in quibus veteris communionis, quæ initio rerum fuit, vestigia retinemus, quæque vsu, & proprietate omnibus patent.

*[5] AQVA PROFLVENS] Dices: aqua profluens idem esse videtur quod flumen; sed flumina publica sunt, *§. seq. hoc tit.* ergo aqua profluens publica est, & non communis. Respondeo: distingui debet flumen ab aqua profluente; flumen enim constat alveo, & aquâ quæ alveum occupat; id est rem ipsam comprehendit, aquam scilicet simul junctam, & locum per quem fluit; sicque flumen publicum est, nec cedit occupanti, sed ejus populi est in cujus ditione fluit. Aqua autem profluens dicitur, quatenus semper fluit, *pro*, nimirum, id est *semper*, Contio interprete; spectamúsque in aqua profluente præcipuè vsum, qui omnibus communis est, & liber non minùs quàm aëris; vnde appositè Ovidius *lib. 6. Metamorph.*

Quid prohibetis aquas? vsus communis aquarum est,
Nec solem proprium, natura, nec aëra fecit,
Nec tenues vndas.

*[6] LITORA MARIS] Dices: ex *l. 3. ff. ne quid in loco pub.* litora maris sunt populi Rom. qui in ea imperium habet; ergo sunt publica, & non communia. Respondeo, licèt litora maris propriè communia sint, publica tamen dici posse ratione quâdam, inspecto, scilicet, statu Imperii Rom. post Augustum & alios Imperatores; quorum temporibus in eam magnitudinem jam prolatum erat Imperium, vt totum fere orbem complecti videretur. Petronius,

Orbem jam totum victor Romanus habebat,
Quà mare, quà terras, quà sidus currit vtrumque.

Et certè litora maris à populo Rom. sensim occupata fuisse, illud satis argumento est; quòd ibi præsidia constitui solita essent, quæ oras maris, & Imperii tuerentur. Sueton. *in Augusto, cap. 49. Classem*, inquit, *Miseni, & alteram Ravennæ, ad tutelam superi & inferi maris collocavit.* Atque hunc Imperii statum fortè spectans Celsus in *d. l. 3.* ait, litora in quæ populus Rom. imperium habet, esse populi Rom. ac proinde publica; at non ita publica, vt ea quæ sunt in patrimonio populi Rom. vt nominatim dicitur in *l. quod in litore 14. ff. de acquir. rer. dom.* Ista enim publica sunt jure civili, illa jure gentium. Publica autem jure civili, à privatis occupari non possunt; publica jure gentium possunt: in litoribus enim quilibet ædificare potest jure suo, & suum facere jure gentium, *d. l. quod in litore*, etiam sine auctoritate publica Principis, vel Senatus; quæ tamen necessaria est ei, qui in loco publico ad patrimonium populi Rom. pertinente ædificare vult. Dices, necessarium esse decretum Prætoris ei qui in litore ædificare vult, *l. quamvis, ff. de acquir. rer. dom.* Respondeo, id non sic accipi debere, quasi sine decreto Prætoris suum facere non possit; sed ne fortè res ad arma & rixam procedat, ceteris, quorum vsus litoris communis est, manu prohibentibus, quod eis facere licet, *d. l. quamvis*, quoties cum eorum incommodo, & vsus publici impedimento ædificatur, *d. l. 3. §. fin.* & *l. 4. ff. ne quid in loco publico.*

O

* 7 DVM TAMEN VILLIS, ET ÆDIFICIIS] Id est damnum non inferatur jam positis in litore villis, & ædificiis; hæc enim jure gentium non patent omnibus, sicut ipsum mare, sed ad privatos pertinent, qui ea posuerunt, & extruxerunt.

§. II. Flumina autem omnia[8], & portus publica sunt[9], ideóque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibúsque.

* 8 FLVMINA AVTEM OMNIA] Perennia, scilicet, non temporaria, sive hyberna, aut torrentia; hæc enim publica non sunt; sicut perennia, *l. 1. §. item fluminum, ff. de fluminibus.* Vnde Martianus in *l. 4. §. fin. ff. de divis. rer. & qual.* Addit articulum *pene* nominatim, quem Tribonianus, dum Martiani verba transcriberet in hunc locum, oblitus est addere.

* 9 PVBLICA SVNT] Publica propriè sunt quorum proprietas est alicujus, *l. 1. ff. de interdict.* puta, certi populi, vt in hoc jure populi Rom. cujusmodi sunt flumina, & portus; vel privatorum, vt ripæ fluminum; vsus autem communis omnium hominum jure gentium.

§. III. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. *Ex Celso l. 96 & Iabol. l. 112. de verb. sign.*

§. IV. Riparum quoque vsus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas adplicare, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare, sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent. qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt. *Ex Caio. l. 5. hoc tit.*

§. V. Litorum quoque vsus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris. & ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere[10], in quam se recipiant: sicut retia siccare, & ex mari reducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed ejusdem juris esse, cujus & mare, &, quæ subjacet mari, terra vel arena.

10 CASAM IBI PONERE] Non solùm frondeam ad imbres arcendos, quam describit Seneca *epist.* 90. his verbis: *Furcæ vtrimque suspensæ fulciebant casam: spissatis ramalibus, ac fronde congesta, & in proclive dispositâ decursus imbribus quamvis magnis erat.* Sed etiam lateritiam, aliáve ex materia confectam; intelligit enim modicum piscatoris gurgustium, quod tegulâ tegitur vnâ, vt Bibaculus dixit de domuncula Valerii Catonis pauperrimi Grammatici, apud Sueton. *in lib. de claris Grammaticis:*

Quem tres cauliculi, selibra farris,
Racemi duo, tegula sub vna
Ad summam propè nutriunt senectam.

§. VI. Vniversitatis sunt[11], non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & similia, si qua alia sunt communia civitatum. *Ex Marciano l. 6. hoc tit.*

* 11 VNIVERSITATIS SVNT] Hæc quoque publica dicuntur *l. 1. ff. hoc tit.* Sed publica jure civili, & vt distinguantur à publicis jure gentium, hoc loco propriè dicuntur esse vniversitatis; communia tamen omnibus civibus civitatis ejus-

dem, *l. 2. §. 2. ff. ne quid in loco publ.* jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque.

* [11] VNIVERSITATIS SVNT] Res publicæ sunt, quarum proprietas vnius certi populi est, & vsus communis omnium gentium. Vniversitatis autem res, quarum vsus, & proprietas simul vnius tantùm civitatis sunt. Interdum tamen res vniversitatis publicæ dicuntur, vt in *l. 1. ff. hoc tit.* Sed rerum publicarum duplex genus est, vnum earum quæ jure gentium publicæ sunt; alterum earum quæ jure civili. Et hujus secundi generis sunt res vniversitatis, quæ communes tantùm sunt omnibus hominibus civitatis ejusdem, jure scilicet, civitatis: id est, vsu earum ad singulos cives, proprietate autem ad neminem pertinente, sed ad solam civitatem, *l. 2. §. 1. ff. ne quid in loco publico.* Qualia sunt theatra, stadia, &c. quæ in solo promiscuo vsu civium sunt.

§. VII. Nullius autem sunt[12] res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est. *Ex Mart. d. l. 6. hoc tit.*

[12] NVLLIUS AUTEM SVNT] Nullius in bonis res sacræ & divini juris propriè esse dicuntur; quia consecratione desinunt esse in commercio hominum, & nullius fieri possunt. Dei enim esse creduntur, vt nominatim ait Aggenus Vrbicus in *lib. de limitibus agrorum.* Quæ sunt profani juris aliquando nullius in bonis sunt, vt hereditas nondum adita, vt feræ bestiæ; quæ tamen alicujus fieri possunt, sunt enim in commercio hominum: sed nunc possessore, aut domino carent. Hac distinctione solvitur sorites veterum interpp. ad *l. natura cavillationis, ff. de verb. sign.*

* [12] NVLLIUS AUTEM SVNT] Res nullius esse dicuntur; primò propriè, vt hic nimirum, quæ in commercio hominum non sunt, nec esse possunt, sed sunt divini juris; vt res sacræ, sanctæ, & religiosæ. Secundò impropriè, vt quæ scilicet, in nullius bonis sunt, sed esse possunt; vt hereditas nondum adita, vt feræ bestiæ, gemmæ in litore existentes, quæ alicujus fieri possunt. Ejusdem juris est proprietas rerum communium, quæ ideo nullius esse dicitur, quia vacat omnibus.

§. VIII. Sacræ res sunt quæ ritè, & per Pontifices[13] Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, & obligari prohibuimus, exceptâ causâ redemptionis captivorum. Si quis verò auctoritate suâ quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet; vt & Papinianus rescripsit.

[13] QVÆ RITE ET PER PONTIFICES] Vlp. *in l. 9. ff. hoc tit. quæ publicè sunt dedicata,* id est publicâ auctoritate, sic in *l. 2. §. Massurius, ff. de orig. jur. publicè de jure respondere,* & in *l. fluminum, ff. de damno infecto, publicè ædificare,* id est publicâ auctoritate.

* [13] QVÆ RITE ET PER PONTIFICES] Breviùs, quæ publicè consecratæ sunt, non privatè, *l. 6. §. sancta, ff. hoc tit.* Sed Iustinianus verba hæc, *quæ rite, &c.* hic adscripsit, respiciens ad Christianam religionem quam profitebatur, *l. 1. Cod. de sancta Trinit.*

§. IX. Religiosum locum vnusquisque suâ voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio[14] inferre non licet. In commune verò sepulcrum etiam invitis

ceteris licet inferre. Item si alienus vsusfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente vsufructuario [15], locum religiosum non facere. In alienum locum concedente domino licet inferre: & licèt postea ratum habuerit, quàm illatus est mortuus, tamen religiosus fit locus. *Ex Mart. d. l. 6. hoc tit.*

[14] INVITO SOCIO] Ex *l. si plures, ff. de relig. & sumpt. funer.* apparet hanc regulam accipiendam esse de extranei illatione, non de domino ipso defuncto. Idemque dicendum est de proprietario *l. 2. §. si quis vsumfructum, ff. eod. tit. l. locum, ff. de vsufructu.* Vide Cujac. *lib. 3. Obs. cap. 21.*

*[14] INVITO SOCIO INFERRE NON LICET] Extraneum scilicet, nam ex ipsis sociis quilibet invito socio sepeliri potest, *l. si plures, ff. de relig. & sumptib. fun.* In tantum etiam, vt quamvis socius invito socio locum religiosum non faciat, agat tamen interdicto de mortuo inferendo, si prohibeatur suorum aliquem inferre; vt scilicet ei tantisper inferre liceat, dum aliquem locum quærat. Quod totum fieri propter vtilitatem publicam ne insepulta cadavera jaceant, respondit Papinianus, in *l. sunt personæ, ff. de relig. & sumpt. fun.* Apud omnes enim semper sepulturæ jus summum fuit, summáque exequiarum religio; itavt jacere insepultum summo atque vltimo probro duceretur.

[15] NISI CONSENTIENTE VSVFRVCTVARIO] Hoc favore religionis receptum fuit, vt nominatim ait *d. l. locum*: nam servitutem imponere proprietarius non potest, quia deterior vsufructuarii conditio fit, etiam consentiente vsufructuario, *l. sed si quid, §. vlt. ff. de vsufructu.* Ratio hæc esse videtur; quia separatum est jus vsusfructus à proprietate, & hac separatione amisit dominus plenam potestatem, *§. vlt. infrà, de vsufructu.* Consensus autem fructuarii, jus proprietarii decurtatum, in servitute constituenda integrare non potest; quod acutissimè Fulgosius docuit.

*[15] NISI CONSENTIENTE VSVFRVCTVARIO] Hoc receptum est favore religionis, *l. locum 17. ff. de vsufruct.* Nam cùm vsusfructus à proprietate sit separatus, per hanc separationem dominus proprietatis amisit plenam potestatem, profectò consensus fructuarii jus proprietarii imminutum integrare non potest; adeò vt regulariter sibi invicem obstent proprietarius, & vsusfructuarius; quò fit, vt proprietarius consentiente vsufructuario servitutem imponere non possit fundo fructuario, *l. sed si quid 15. §. fin. ff. de vsufruct. & quemadm.*

§. X. Sanctæ quoque res veluti muri & portæ, quodammodo divini juris sunt: & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus [16], quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. *Ex Caio l. 1. Mart. l. 8. & Vlp. l. 9. hoc tit.*

[16] SANCTOS DICIMVS] Vrbicus *de limitibus agrorum: Sanctum est plerumque, vt incorruptum: & à sanciendo sanctum dicitur:* Glossæ Philoxeni, *Sanxit legem*, κυρῶ νόμον ὅρκου, quæ nempe firmatur jurejurando interposito, devotione & execratione populi, si quis legem violasset. Festus, *Sacrosanctum dicebatur quod jurejurando interposito erat institutum, vt qui violasset, morte pœnas penderet.* Et hoc sensu leges sacratæ, & sacrosanctæ dicuntur. Porrò res sacræ, & religiosæ propriè divini juris sunt:

sanctæ verò quodammodo, veluti muri, & portæ, *l. 1. ff. hoc tit.* nam & portas inter loca sancta recenset Hermogenianus, in *l. 2. ff. ne quid in loco sacro*; quod apud veteres non obtinuit, vt ex Varrone docet Plutarchus in *Rom. quæstionibus.*

§. XI. Singulorum autem [17] hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium: quarumdam jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. civilia enim jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt. *Ex Caio l. 1. de acquir. rer. dom.*

*[17] SINGULORUM AUTEM] Incipit hîc secunda pars hujus tituli, quæ est de acquirendo rerum dominio, id est de variis rerum acquirendarum modis. Et rerum quidem dominia acquirimus, vel jure gentium, quod & naturale hîc dicitur, vt & alibi sæpe, quoties juri civili opponitur; vel jure civili acquirimus. Iure gentium dominia nanciscimur naturalis possessionis apprehensione, *l. 1. ff. de acquir. rer. dom.* qui modus multos peculiares alios modos continet, qui in hoc titulo recensentur, & explicantur.

§. XII. Feræ igitur bestiæ [18], & volucres & pisces, id est omnia animalia, quæ mari, cælo, & terrâ nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. quod enim antè nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. nec interest feras [19] bestias & volucres vtrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno [20]. Planè qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratiâ, potest à domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intellegitur, donec tuâ custodiâ coërcetur: quum verò evaserit custodiam tuam, & in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Natutalem autem libertatem recipere intellegitur, quum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, vt difficilis sit ejus persequutio. *Ex Caio d. l. 3. eod.* *Ex Caio l. 5. eod.*

*[18] FERÆ IGITUR BESTIÆ] Primus acquirendi modus jure gentium est occupatio, sub qua continentur venatio, piscatio, & aucupium. Feræ bestiæ dicuntur, quæ à natura feroces sunt, vt vrsi, leones, pantheræ, & aliæ, quæ feræ propriè bestiæ dicuntur, *l. 1. § bestias, ff. de postul.* Sed generaliter, quibus immensa, atque infinita liberè vagandi vis, à natura insita est; quæque in sua libertate, & natura agresti ac ferina manent, nec vllo hominum commercio mansuefieri solent. quibus opponuntur cicures, sive mansuetæ bestiæ; quibus, scilicet, illa liberè, & infinitè vagandi vis insita non est.

[19] NEC INTEREST FERAS] Apertiùs in *l. 3. ff. de acquir. rer. dom. Nec interest quod ad feras bestias & volucres*; vt appareat hoc dictum esse ad differentiam piscium. In alieno loco venari, & aucupari licet; nec dominus fundi potest ita agere, tibi

non esse jus aucupandi, vel venandi; sed tibi non licere ingredi fundum. Hæc ita nominatim separantur in *l. injuriarum* 13. §. *ult. ff. de injuriis*, quod & Iohannes Faber observat. In alieno autem lacu, vel stagno piscari quis prohiberi potest, *d.* §. *in fine.* Ergo multum interest, an quis in suo, vel alieno fundo pisces capiat: an quia Romani plus indulgebant venationi, quàm piscationi? nam & de venatione Horatius *epist.* 18. *lib.* 1.

Romanis solemne viris opus, utile famæ,
Vitaque, & membris.

An quia pisces lacus vel stagni mei, quamvis naturalem laxitatem retineant, quam tamen amittere videntur, qui sunt piscinâ, vel vivario inclusi, tamen non ultra stagnum meum vagantur; imò & in feris & in volucribus aliquid interesse, utrum laqueum posueris in tuo, an in alieno, Proculus tentat, in *l. in laqueum, ff. de acquir. rer. dom.* Sed obtinuit contraria sententia, quod ad feras bestias, & volucres pertinet. Sed quid dicendum est, si prohibente domino fundum ingressus, in alieno fundo feram ceperit, an facit suam jure gentium? Respondeo feram acquiri capienti, quamvis domino teneatur actione injuriarum, *l. qui in domum, ff. de injuriis.* Hæc omnia aliter D. Cujac. *lib.* 4. *Obs. cap.* 2. sed in contrariam sententiam proclivior sum.

* 20 AN IN ALIENO] In alieno enim leges venari permittunt, quia communis est ubique aër in quo volucres degunt, & feræ bestiæ vagantur per terram, non tamen illi cohærent. Secùs est in piscibus, qui non aquâ communi, sed aquâ alienâ continentur, ut in stagnis, & vivariis alienis, *l.* 13. §. *fin. ff. de injur.* Licèt enim inclusi pisces libertatem naturalem non amittant, ultra tamen stagna, aut vivaria vagari non possunt. Vide Cujac. *lib.* 4. *Obs. cap.* 2.

§. XIII. Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. quibusdam placuit[21] statim esse tuam, & eousque tuam videri, donec eam persequaris. quòd si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quàm si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere possunt, ut eam non capias. *Ex Caio l. 5. de acqu. rer. dom.*

* 21 QVIBVSDAM PLACVIT] Trebario scilicet, in *l.* 5. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Sed Iustinianus hanc sententiam Trebatii rejicit. Quod jam antè fecerat Caius in *d. l.* 5. & rectè quidem; quia à possessione rerum dominia incipiunt, possessio autem non est nisi ejus qui rem apprehenderit, *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. possess.*

§. XIV. Apium quoque natura fera est. Itaque quæ in arbore tua consederint, antequam à te alveo includantur[22], non magis tuæ intelleguntur esse, quàm volucres quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideóque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, quilibet eximere potest. Planè integrâ re si provideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere[23], ne ingrediantur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intellegitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus est persequutio. alioquin occupantis fit. *Ex Caio l. 5. eod.*

[11] A TE ALVEO INCLVDANTVR] Hæ feræ esse non videntur *l. si apes, ff. de furtis*, & in patrimonio nostro computantur, *l.* 8. §. *Pomponius*, *ff. familia ercisc.*

* [13] POTERIS EVM IVRE PROHIBERE] Nota est illa vox, quam Tertullianus *libro de præscriptionib. cap.* 37. indicat veterum fuisse Iurisconsultorum, *quid in meo facitis non mei*? quâ constat vnicuique jus esse prohibere, ne quis fundum suum ingrediatur, venandi, aut aucupandi gratiâ; contemptus enim prohibentis domini ingredi, injuriam habet. Vnde quæsitum est, si prohibente domino, vel sine ejus permissu fundum ejusquis ingressus sit, in eóque feram ceperit, an suam faciat jure gentium; vide Cujac. *l.* 4. *Obs. cap.* 2.

§. XV. Pavonum & columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quòd ex consuetudine avolare & revolare solent. nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent, vt in silvas ire & redire soleant: quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est, vt eousque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant. nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint. *Ex Caio d. l. s. de acqu. rer. dom.*

§. XVI. Gallinarum autem & anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intellegere, quòd aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus: item alii anseres, quos feros appellamus. ideóque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati, turbatæve evolaverint, licèt conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelleguntur: & qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intellegitur. *Ex Caio d. l. s. eod.*

§. XVII. Item ea quæ ex hostibus [14] capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeò quidem vt & liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. *Ex Caio d. l. s. & l. 7. eod.*

[14] ITEM EA QVÆ EX HOSTIBVS] Quod pace D. Cujacii dictum sit, falsum est omnino mobilia ab immobilibus esse distinguenda; vt vult nota posterior, quæ desumpta esse videtur ex *cap.* 7. *lib.* 19. *Obs.* Iure gentium etiam immobilia occupanti conceduntur: sed constitutione civili aliquando proclamantur & publicantur, tam mobilia, quàm immobilia; & ita contingit, vt quis dominus rei ab hostibus captæ esse possit jure gentium, vel jure civili: jure gentium, si prædæ sectio non venierit, vt loquitur M. Tull. *lib.* 1. *de Invent.* Iure civili, si præda publicata venierit per quæstores, vt apud Plautum in *Captivis*, *in prologo*,

Emit hosce de præda, ambos de quæstionibus.
Est enim in hanc rem insignis M. Tullii locus, quem quidam malè de mendo suspectum habent, *d. lib.* 1. *de Inventione*, vbi proponit exemplum vitiosæ enumerationis. *Quoniam*, inquit, *habes istum equum, aut emeris oportet, aut hereditate possideas, aut munere acceperis, aut domi tibi natus sit; aut, si horum nihil est, surripueris necesse est. Hoc commodè reprehenditur, si dici possit ex hostibus equus esse captus, cujus præda sectio non venierit.* Idem de prædiis dicendum est; nam & Iurisconsultus in *l. si captivus*, §. 1. *ff. de captivis & postlim.* agros nominatim ait aut publicari, aut prædæ cedere; qui prædæ cedebant, passim occupabantur à militibus, & ideo occupatorii dicuntur ab auctoribus de conditionibus & limitibus agrorum; & hoc obtinuit ex mero jure gentium. Sed aliquando publicabantur auctoritate Principali, & vel civitati certæ assignabantur, vel militibus ipsis; vt docet *l. in agris, ff. de acquir. rer. dom.*

* [24] ITEM EA QVÆ EX HOSTIBVS] Præda bellica particularis occupationis modus est; victoribus enim militibus prædæ loco cedunt jure gentium liberi homines, quos in bello ceperunt; itémque homines servi, & pecudes, & res mobiles, quas occupaverunt ex hostibus: non etiam res immobiles, vt docet posterior nota Cujacii, desumpta ex *lib.* 19. *Obs. cap.* 7. quoniam in publicum rediguntur *l. si captivus*, §. 1. *ff. de captiv. & postlim.* Dici tamen potest, quidquid in contrarium tenet Cujacius *d. loco*, tam mobilia, quàm immobilia ab hostibus capta fieri occupantis, & in præda esse jure gentium, *d. l. si captivus*, §. 1. Iure tamen civili aliquando magis fieri Principis, vel Reipublicæ. Aut enim in fiscum rediguntur, *l. divus* 31. *ff. de jure fisci*, aut publicantur, *d. l. si captivus*, id est dominio populi adscribuntur. Principis tamen, vel Ducis arbitrio præda capta plerumque dividebatur, *l. pen.* §. *simili, Cod. de donation.* Et ex prædiis redactis in publicum, sæpe pars assignabatur militibus pro emerito, *l. Lucius, ff. de evictionib. l. in agris, ff. de acquir. rerum dominio.*

§. XVIII. Item lapilli & gemmæ, & cetera, quæ in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt. *Ex Florent. l.* 3. *ff. hoc tit.*

§. XIX. Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi adquiruntur. *Ex Florent. l.* 6. *&* 7. *de acquir. rer. dom.*

§. XX. Præterea quod per alluvionem[25] agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, vt intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur. *Ex Florent. d l.* 7. *de acquir. rer. dom.*

[25] PER ALLVVIONEM] Aggenus Vrbicus docet hoc esse ex constitutione Cassii Longini antiqui Iurisconsulti, nam & Iurisconsulti constituere dicuntur *l.* 3. §. *vlt. ff. de tutelis.* Et addit elegantissimam ex eodem Cassio differentiæ rationem, quidquid aqua lambendo abstulit, id meritò possessor amittit; quoniam ripam suam sine alterius detrimento & damno tueri debet. Quod verò detrahitur vi fluminis, controversiâ vel impulsu aquæ, vt loquitur *l. fluminum*, §. *idem Servius*, & §. *sed & quod Labeo, ff. de damno infecto*, id non possessoris negligentiâ, sed tempestatis violentiâ abreptum apparet. Objicies: si ex constitutione Cassii, & disputatione prudentum id receptum fuit; ergo ex jure civili, non ex jure gentium, acqui-

acquiritur per alluvionem. Respondeo, ex §. *vendita, infrà, hoc tit.* quamvis auctoritate Cassii id receptum sit, rectè tamen dici id effici jure gentium; quia naturali ratione obtinuit sententia Cassii. Hoc autem jus locum habuit in agris occupatoriis, & arcifiniis; non in limitatis, *l. in agris, ff. de acquir. rer. dom.* Sed hodie sublata videtur vetus illa agrorum differentia, & omnes agros more arcifinio, vt Hygenus loquitur, possidemus; id est nulli agri hodie censentur limitati, quamvis litium causâ limites habeant, inter ipsos possessores privatâ auctoritate constitutos: agri enim limitati à publica auctoritate certos limites accipiebant, extra quos nihil occupari potuit.

* 25 PRÆTEREA, QVOD PER ALLVVIONEM] Hîc alia proponitur occupationis species quæ dicitur alluvio, per quam quidquid flumen lambendo paulatim, & latenter detrahit fundo tuo, & meo adjicit, meum fit jure gentium. Et rectè, *paulatim*, & *latenter*: nam si vno impetu fluminis, id est subitâ aliquâ inundatione, & repentinâ, meum non fit, sed tuum permanet, *l. adeo, §. 2. ff. de acquir. rer. dom.* Diversitatis ratio est, quia priori casu potest tibi imputari cur ripam tuam non munieris, cùm eam tueri ac munire sine injuria accolarum jure tibi liceret, *l. vnica, ff. de ripa munienda, l. 1. Cod. de alluvion.* Posteriori autem nihil imputari potest, cùm pars à fundo tuo non negligentiâ tuâ, qui ab impetu fluminis fundum tuum defendere non poteras, sed violentiâ tempestatis abrepta sit, vt loquitur Iurisconsultus in *l. fluminum, ff. de damno infec.* Ideo alluvio inter ceteros acquirendi dominii modos jure gentium enumeratur, non autem inundatio repentina & subita. Dices: modus acquirendi per alluvionem ex constitutione Cassii Longini veteris Iurisconsulti introductus est, teste Aggeno *lib. de limitibus agror.* Ergo juris civilis est, non juris gentium, cùm jura omnia à Iurisconsultis constituta civilia sint, *l. 2. ff. de orig. jur.* Respondeo, licèt introductus sit auctoritate Cassii, esse tamen juris gentium; quia naturali ratione obtinuit sententia Cassii. Porrò, jus alluvionis in agris tantùm occupatoriis, vel arcifiniis locum habet, non in limitatis, vt ex *l. in agris, ff. de acquir. rer. dom.* pluribus docet Cujac. *in prima nota ad hunc locum.* Sunt autem occupatorii agri, qui belli tempore occupati sunt à victore populo, fugatis hostibus, sine vlla certa mensura; quia non agrorum tantum occupabat quisque, quantum colere præsenti tempore poterat, sed quantum in spe colendi habebat; qui etiam arcifinii, & arcifinales ab arcendis hostibus dicti sunt. Limitati autem, sive divisi & assignati sunt, quorum certa portio vnicuique assignata erat; veluti singulis civibus, vel militibus quinque, decem, vel centum jugera: & quisque certam mensuram habebat, cui nihil adjici vel detrahi poterat, *l. 1. §. si insula, ff. de fluminib.*

XXI. Quòd si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Planè si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ [26] esse. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

26 VICINI FVNDO ADQVISITÆ] Rectè Florentini libri in *l. 7. §. quod si vis, ff. de acquir. rer. dom. Vicini fundo acquisita esse*, vt constet hunc locum non tantùm accipiendum esse de arboribus, quæ radices egerint; sed etiam de ipsa parte prædii, quæ longiore tempore coaluit, quod quidam malè negant. Sed magna controversia est inter veteres glossographos, vtrum priori domino, deficiente directâ

actione in rem, quæ domino datur; saltem danda sit vtilis vindicatio, quâ partem hanc prædii repetere possit, quod Martino placuit, ex *l. idem Pomponius*, *§. de arbore*, *ff. de rei vindicat.* An verò vtilis actio, vel in factum danda sit; non rei vindicandæ causâ, sed pretii consequendi, quod Accursius voluit ex sententia Azonis, & exemplo ferruminatorum, *l. in rem*, *§. item quæcumque*, *ff. eod. tit. de rei vindic.* quod Cujac. hoc loco probat. Contraria tamen sententia Bulgari & Iohannis, quæ omnem actionem denegat, ratione non caret; quia disertis verbis Iurisconsultus ait, partem acquiri cum arboribus; & ita igitur acquiri, vt neque pretium præstare teneatur novus dominus. Nec quid in contrarium probant leges quibus vtuntur Azo, & Accursius; quia facto, vel operâ alterius factâ ferruminatione, non mirum est hoc casu actionem dari. strictâ igitur ratione videtur pretium non esse præstandum, aliud tamen suadet æquitatis ratio.

§. XXII. Insula quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum[27], qui ab vtraque parte fluminis prope ripam prædia possident: pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. Quòd si alteri parti proximior sit, eorum est tantùm qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quòd si aliquâ parte divisum sit flumen, deinde infrà vnitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus & fuerat. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

* 27 COMMVNIS EST EORVM] Ratio est, quia qui vicina prædia possident, varia incommoda occasione fluminis sustinent; tum quia de illorum ripis insula ista quasi decerpta est. Dices: insula quæ in flumine publico nascitur, publica esse debet, *l. pen. §. vlt. ff. de acquir. rer. dom.* ergo non acquiritur privatis. Respondeo, in *d. §. vlt.* referri sententiam Labeonis, sed non probari; quinimò, vt ex antecedentibus patet, Paulus eam sententiam Labeonis notaverat, sed Tribonianus Pauli notam oblitus est apponere.

§. XXIII. Quòd si naturali alveo in vniversum relicto, aliâ parte fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit. novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen, id est publicus. Quòd si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus[28] eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

28 RVRSVS NOVVS ALVEVS] Hoc casu contingere potest, vt portione quâdam amissum dominium restituatur priori domino, ratione vicinitatis; si non totus ager, sed pars tantùm agri à flumine occupata sit. Flumine enim ad priorem alveum reverso, priori domino, habitâ ratione portionis quam in fundo retinuit, restituitur dominium novi alvei. Quòd si totus ager occupatus sit, cessante hoc casu ratione vicinitatis, nullam partem in novo alveo prior dominus habere potest, si sequamur strictam rationem juris; quia species, & forma agri omnino immutata

est; sed prævalere videtur æquitatis ratio. Et hoc est, ni fallor, quod ait *l.* 7. §. *quod si toto, ff. de acquir. rer. dom. sed vix est vt id obtineat.* Id nempe, quod ex stricta ratione juris definitum fuit; nam & hoc casu æquius est dominium restitui priori domino, insuperhabitâ subtilitate juris. Quòd si non alvei mutatione, sed fluminis inundatione ager sit occupatus, hoc casu nulla est dubitatio; quia inundatione non commutatur species & forma agri.

§. XXIV. Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit. neque enim inundatio fundi speciem commutat. & ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit. *Ex d. l. 7 de acquir. rer. dom.*

§. XXV. Quum ex aliena materia[29] species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: vtrum is qui fecerit, an ille potiùs qui materiæ dominus fuerit: vt ecce, si quis ex alienis vvis, aut olivis, aut spicis, vinum aut oleum aut frumentum fecerit[30]: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit: vel ex medicamentis alienis emplastrum, aut collyrium composuerit: vel ex aliena lana vestimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum[31] & Proculeianorum ambiguitates, placuit media sententia[32] existimantium, si ea species[33] ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit. si non possit reduci, eum potiùs intellegi dominum, qui fecerit. vt ecce vas conflatum potest ad rudem massam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum, ad vvas, & olivas, & spicas, reverti non potest. ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quòd si partim ex sua[34] materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit: dubitandum non est[35], hoc casu eum esse dominum qui fecerit: quum non solùm operam suam dedit, sed & partem ejusdem materiæ præstavit. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

[29] CVM EX ALIENA MATERIA] Vt procedat hæc quæstio, rectè Accursius monet in eo, qui ex aliena materia speciem fecit, desiderari bonam fidem, & vt suo nomine non alieno faciat. Vltimum est ab ipso Caio, à quo hæc verba sumpsit Iustinianus, vt colligere licet ex *l.* 7. §. *cùm quis, ff. de acquir. rer. domin.* Primum verò facile est deprehendere ex verbis Pauli in *l. de eo*, §. *si quis, ff. ad exhibendum.* Deficiente enim bonâ fide, si is qui ex aliena materia speciem fecit, intelligat alienam materiam esse; non potest mutatio, vel consumptio materiæ efficere, vt do-

minus materiæ amittat dominium: & hoc casu prævalet regula quæ dictat, quod ex re nostra fit nostrum esse, *l. si quis vxori*, §. *si quis Massam*, *ff. de furtis.* At bona fides juncta mutationi, vel consumptioni conficit, quod sola per se consumptio præstare non potest; vt in re simili eleganter Theoph. ait in §. *vlt. infrà, quibus alien. licet vel non.* quod verissimum esse constat ex *l. non omnis*, §. *si pupillus*, *ff. de reb. credit. l.* 14. §. *vlt. ff. de solution. l. si à furioso, ff. de reb. credit. l. si à furioso* §. *item si alienam, ff. de oblig. & action.* In his enim omnibus casibus, accedente bonâ fide consumptio transfert dominium; quâ deficiente, dominium non potest dici esse translatum, & recurrendum est ad alia remedia & subsidia juris.

* 30 AVT FRVMENTVM FECERIT] Exemplum hoc de spicarum in frumentum expressione expungendum est, vt ab hac disputatione prorsus alienum: qui enim ex alienis spicis frumentum exprimit, & excutit, novam speciem non facit: habent enim grana, quæ spicis continentur, perfectam suam speciem antequam excutiantur; ideóque qui excutit, novam speciem non facit, sed eam quæ est detegit, *l.* 7. §. *cùm quis ex aliena, versic. videntur, ff. de acquirendo rer. dom.*

* 31 ET POST MVLTAS SABINIANORVM] Sabiniani favebant ei cujus esset materia. Proculeiani, qui aliquid à Philosophis hauserant, contendebant formam esse materiâ præstantiorem; & ideo ei, qui formam addiderat, rem addicebant, *l.* 7. §. *cùm quis ex aliena, ff. de aequir. rer. dom.*

* 32 PLACVIT MEDIA SENTENTIA] Quæ nimirum rerum distinctionem facit; quam quia nec Sabiniani, nec Proculeiani faciebant, neutrorum sententia obtinuit. Nec obstat huic rerum distinctioni *l. in omnibus* 24. *ff. de acquir. rer. dom.* Nam exemplis, quæ lex illa profert, satis arguitur delendam esse ibi negationem. Adverte, vt quis speciei ex aliena materia factæ dominus sit, necesse esse vt speciem bonâ fide, & suo nomine, non alieno fecerit. Primum desiderat Paulus in *l. de eo* 12. §. *si quis, ff. ad exhib.* Secundum Caius in *d. l.* 7. §. *cùm quis, ff. de acquir. rer. dom.*

33 SI EA SPECIES] Eleganter Iurisconsultus in *l. quæsitum est*, §. 78. *illud, ff. de leg.* 3. Ea quæ ejus naturæ sunt, vt sæpius ad sua redigi possint initia; ea potentiâ materiæ victâ numquam vires ejus effugiunt: hoc ergo casu materia perimi non potest. At contrà, si ad priorem materiam species reverti non possit, peremptâ materiâ, amittitur quoque dominium; quia hæc materia ita perimitur, vt nec pristinum nomen recipere, vel retinere possit. Tertullianus *adversus Hermogenam & testam licèt ex argilla confectam, jam non argillam vocabo, sed testam.* Hac autem distinctione vtimur & in pignore, & in legatis, *l. si convenerit*, §. *pen. ff. de pignerat. act. l. lana* 88. *ff. de leg.* 3. & valde notanda sunt hæc duo mutationum genera.

34 QVOD SI PARTIM EX SVA] Quid si ad priorem materiam species possit reduci, vt in massa confusa? Et hoc casu, vel est accessionis loco, quod ex portione rei æstimandum est; vel ex pretio cujusque partis id æstimandum est, quæ portio sit major, vel majoris pretii. vel non est accessionis loco; quia non potest dari major portio. Primo casu idem videtur dicendum, dominium esse ejus qui miscuit; quod & Cassio placuisse dicitur in *l. quidquid*, §. *vlt. ff. de aequir. rer. dom.* Secundo casu, veteres Iuris auctores censent rem esse communem, & ex *d.* §. *vlt.* hæc sententia supplenda est hoc loco: vt in §. *superiori* supplendum quoque est, quod de frumento decusso ex spicis alienis Cajus docuit in *l.* 7. §. *cum quis, in fine, ff. de aequir. rer. dom.*

* 35 DVBITANDVM NON EST] Et hoc perpetuò verum est, si ad ptiorem

materiam species reverti non possit; si autem possit reverti, distinguendum est cum Cassio in *l. quidquid, §. fin. ff. de acquir. rer. dom.* Vel enim materia alterius accessionis est loco, quod æstimari potest, vel à portione majore, vel minore quam quisque habet, vel ex pretio; & hoc casu dominus est qui speciem fecit: vel non est accessionis loco, & tunc est communis.

§. XXVI. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit: licèt pretiosior est purpura, accessionis vice cedit[36] vestimento: & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem & condictionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. nam extinctæ res, licèt vindicari non possint, condici tamen à furibus, & quibusque aliis possessoribus[37] possunt.

[36] ACCESSIONIS VICE CEDIT] Principale trahit accessionem per prævalentiam, vt loquitur Paulus in *l. in rem, §. in omnibus, ff. de rei vindic.* Quia, vt veteres Iuris conditores Servius, & Labeo docuerunt, in quibus propria qualitas spectatur, si quid additum fuerit, toto cedit, *l. sed si meis, §. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Et ideo in *d. l. quicquid*, si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienóque argento ferruminaveris; tuus est, & à te rectè vindicatur. quamvis aliud obtineat in argento infecto, in massa argenti; quidquid enim alieni argenti quâcumque ratione adjicis argento infecto, sic omnino legendum in *d. lege quicquid*, malè Florentini libri, *in facto argento*, non est totum tuum argentum, sed pro parte communicatur; quia dari non potest propria qualitas, vel prævalentia.

Sed hæc omnia diligentiùs sunt distinguenda. Vel duorum materiæ confusæ diversæ naturæ, diversive generis sunt; vel sunt generis ejusdem. Quæ sunt diversæ naturæ, aliquando suam pristinam speciem non retinent, neque ad priorem naturam reverti, neque deduci vel separari possunt; vt si quis ex suo vino, & alieno melle mulsum fecerit, aut ex suis, & alienis medicamentis emplastrum, ex sua, vel aliena lana vestimentum: quo casu quosdam existimasse ait Vlpianus, rem communicari; sed verius est, inquit, ejus potiùs esse qui fecerit; quæ sententia obtinuit tandem. Ideo Iustinianus ait in *d. §. quod si, dubitandum non est*, additâ elegantissimâ ratione hujus decisionis. Aliquando materiæ mixtæ, & confusæ ad pristinam speciem reverti, deduci, & separari possunt; quo casu nec dominia confunduntur, nec dominus est qui fecit, sed vnusquisque dominium retinet, *l. 5. §. 1. versic. sed si plumbum, ff. de rei vindic. l. lacus, §. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Idémque est dicendum, si ferruminatione duæ partes cohærent, ex sententia Pegasi & Proculi, *l. quidquid, §. vlt. in fin. eod. tit.* cui non obloquitur scriptura Cassii de ferruminatione in *l. in rem, §. item quæcumque, ff. de rei vindic.* per ferruminationem, minorem partem vnitate majoris esse consumptam. Aliud enim dicendum apparet, cùm nulla major pars dari potest, vt in *d. §. vlt.* Sed si materiæ non sint diversæ, sed ejusdem naturæ; vt si meum, & tuum argentum in massam conflatum sit: tunc necessariò dominia communicantur, & vnusquisque partem habet pro indiviso, *l. 3. §. vlt. ff. de rei vindic.* Idémque dicendum esse docet Vlpianus, si diversæ naturæ materiæ deduci, vel separari non possint, vt si æs & aurum mixtum sit; quod olim artifices non separabant, vt colligere licet ex *d. l. 5. §. sed si plumbum, in fine.*

Hac autem distinctione, aut sunt diversi, vel ejusdem generis, non vtimur; si principale dari possit cui aliquid accedat, vel sit vice accessionis, vt loquitur *§. si tamen alienam, hoc tit.* Generaliter enim dicimus accessionem cedere principali, *l. in*

rem, §. *item quæcumque*, *ff. de rei vindic. l. sed si meis*, §. 1. *l. quidquid*, illo loco, *si tuum scyphum alieno plumbo*, &c. *ff. de acquir. rer. dom.* Et quidem ratione accessionis prævalente non distinguimus; sic etiam ratione voluntatis, in §. *si duorum*, cessat hæc distinctio. Et generaliter dicimus, sive materiæ sint ejusdem generis, sive diversi; ex distantibus, sive cohærentibus partibus corpus constet; sive materiæ separari possint, vel non possint; totum corpus, quod ex confusione fit, esse commune. Idémque dicendum est, si non voluntate, sed casu confusæ sint materiæ; & ex cohærentibus partibus corpus constet, vnóque spiritu contineatur, nec materiæ deduci, vel separari possint; quod postremum meritò supplet Accursii glosa, ex *d. l.* 5. §. *sed si plumbum*, *ff. de rei vindic.* ex qua Theoph. ni fallor, §. 27. *infrà versic. quòd si fortuitu*, negationem addit. Quòd si ex distantibus partibus, quæ per se subsistunt & in sua substantia durant, corpus constet; vt in acervo frumenti, in grege, armento, vel equitio; nihil communicatur, & vnusquisque quod suum est vindicat, & quantum habuit in acervo frumenti, tantum petit; vel vt eleganter ait, *actio pro modo frumenti competit.* Arbitrio autem judicis continetur, vt æstimet qualecumque frumentum sit; id est, frumenti quantitas est in petitione, qualitas verò in condemnatione.

* 37 ET QVIBVSQVE ALIIS POSSESSORIBVS] Dices: nemo nisi à fure rem suam condicere potest, *l. vlt. ff. vsufr. quemadm. cau.* & § *planè odio furum*, *infrà*, *de actionib.* Respondeo, rem furtivam adhuc extantem non nisi à fure, vel ejus heredibus condici posse, qui sensus est *d. l. vlt.* & *d.* §. *planè*. Extinctam autem condici posse à quolibet possessore, id est rei extinctæ æstimationem, vt hîc, vbi purpura quæ panno accessit extincta est; quia eodem modo quo antea non extat. Ideo quamdiu vestimento hæret non potest vindicari, sed ejus æstimatio condici potest non tantùm à furibus, sed à quibuscumque aliis possessoribus.

§. XXVII. Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, vtriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, fortè ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est: nam & eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quòd si fortuitu, & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

§. XXVIII. Quòd si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quòd si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intellegitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrûm *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, vt ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.

§. XXIX. Quum in suo solo [38] aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intellegitur dominus ædificii [39], quia omne quod inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum [40], quâ cavetur ne quis tignum alienum ædibus suis junctum, eximere cogatur, sed duplum pro eo præstat [41] per actionem, quæ vocatur de tigno injuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

[38] QVVM IN SVO SOLO] Hoc est quod vulgò dici solet, superficiem solo cedere; est ergo dominus ædificii vniversi. Sed non ideo sequitur eum esse dominum singulorum corporum, ex quibus ædificium constat: vt qui vniversas ædes possidet, non ideo singulas res possidere dicitur, *l. qui universas, ff. de acquir. vel amitt. poss.* quod necessariò fuisse constitutum Iavolenus ait in *l. eum qui ædes, ff. de vsurpat. & vsucap.* Ne si dicamus, inquit, eum singulas res possidere, necessariò dicendum sit, eumdem ipsas ædes non possidere. *Separatis enim corporibus, quibus ædes constant, universitas ædium intelligi non potest.*

* [39] DOMINVS ÆDIFICII] Vniversi scilicet, non autem ipsius materiæ, vel singulorum corporum ex quibus ædificium constat, quorum manet dominus qui prius fuit. Aliam itaque intelligere debemus esse causam ipsius ædificii, aliam ipsius materiæ; vt qui dominus est vniversi ædificii, non ideo quoque dominus sit singularum ejus partium; imò persæpe ne possessor quidem, *l. qui universas, ff. de acquir. vel amitt. poss.*

[40] PROPTER LEG. XII. TAB.] De verbis hujus legis XII. tab. variæ extant peritissimorum virorum sententiæ: sed quod mihi in mentem venit proponere non dubitabo. Apertissimum mihi videri sensum legis, cujus verba plerique sic rectè concipiunt: *Tignum junctum ædibus, vineave, & concapeis ne solvito.* Si dicamus his verbis, *& concapeis*, pro concapibus, vt *queis*, pro quibus, decemviros intelligere progeniem vineæ, quæ vulgò propago dicitur, palmites, pampinos, nepotes; omne denique vineæ genus, quæ vt Mar. Tull. dicit *in Catone Majore, serpit multiplici lapsu, & erratico.* Et de ea Palladius eleganter *lib.* 14.

Nexilibus gemmis fœcundos implicat artus
Vitis, & amplexum pascit adulta genus.

Vt generaliter decemviri solvere prohibeant, non solùm tignum quod est junctum radici & capiti, sed & propagini. Et ita in *epigram. Græco de vinea agresti*, quidam desiderat Lycurgi manus, quæ à radice, à stirpe palmitis crudigeni germen totum

exſcindant. Porro tigni nomine ſignificari omnem materiam junctam vineæ, nominatim docet *l.* 1. §. 1. *ff. de tigno juncto.* Vt fruſtrà ſit vir præſtantiſſ. qui illud *concapeis* explicandum eſſe cenſet, de tigno tantùm juncto radici; quia, vt dixi, non tantùm junctum radici vetat lex ſolvi, ſed etiam junctum flagellis. Divus Hieronymus *lib.* 2. *Commentar. in Eſaiam cap.* 5. *Vineam plantavi, flagella ejus haſtilibus, calamiſque ſubrexi.* Capem autem, & procapem, eſſe progeniem, propaginem, vel genus quod ab vno capite deſcendit; ex veteri gloſſario, & ex Feſto notiſſimum eſt. quo ſenſu Iſidorus *in gloſſis*, procapes ait proximos eſſe: nihil autem refert, an capes, procapes, concapes dixeris. At quàm aptiſſimè hæc verba conveniant vineæ, deprehendere licet ex his quæ præmonui de propagine, & genere vineæ; cujus & nepotes dici notiſſimum eſt ex Plinio, & Columella.

[41] SED DUPLUM PRO EO PRÆSTAT] Hæc eſt actio in duplum, quæ à Paulo in *l. in rem*, §. *tignum*, *ff. de rei vindicat.* dicitur antiqua; quia ex leg. XII. tab. deſcendit. & cùm datur in eum qui ignorat tignum eſſe alienum, mixta eſt actio, non tota pœnalis; id eſt rei quoque perſecutionem continet, cujus æſtimatio hoc duplo concluditur. Et data videtur domino in ſolatium rei amiſſæ, ne invitus careat re ſua; quamvis juſtum pretium conſequi poſſit, argumento *l.* 9. *ff. rer. amotar.* quod & de actione, quæ in duplum ex eadem lege datur adverſus eum, qui rem litigioſam conſecravit, eleganter Caius ait in *l. vlt. ff. de litigioſ.* Eſt ergo hic §. accipiendus de ignorante; quia ait, diruto ædificio ita demum dari domino vindicationem, ſi duplum jam non ſit conſequutus: nam ſi ſciens junxerit, tota actio in duplum pœnalis eſt, & extrinſecus, id eſt præter actionem pœnalem, commodúmve pœnalis actionis, dominus habet rei vindicationem, *l. vlt. ff. de tigno juncto.* Imò & extantibus ædibus poteſt agere ad exhibendum, & rei vindicatione, quia, vt ait *l.* 1. §. *vlt. ff. eod. tit.* dolo deſiit poſſidere. Quamvis enim ædes poſſideat, tamen, vt docui, ſingulas res non poſſidet: ſed huic fini tantùm datur rei vindicatio, vt pretium conſequatur. Et hæc de tigno furtivo certiſſima eſſe exiſtimo, vt & fideliter dominus Cujac. docuit *lib.* 23. *Obſ. cap.* 29.

Sed quid eſt dicendum, ſi tignum non ſit furtivum, & ædibus bonâ fide junctum ſit? Equidem hoc caſu ceſſant ſuperiores actiones ex leg. XII. tab. Sed eadem vtilitas tuendorum ædificiorum efflagitat, vt tignum ſolvi non poſſit; quamvis verum ſit leg. XII. tab. de tigno tantùm furtivo fuiſſe conceptam, *l. de eo, ff. de donat. inter vir. & vxor.* cùm nempe quæritur vtrum actiones in duplum competere poſſint. Et recurrendum erit hoc caſu ad extremum ſubſidium actionis vtilis, vel in factum; cujus tenor in multis, & variis juris articulis ſæpe admiſſus eſt; vt eleganter ait *l.* 21. *C. de Sacroſ. Eccleſiis.* Et ad hanc ſententiam confirmandam rectè D. Cujac. vtitur *l. qui res*, §. *vlt. ff. de ſolut. & liberat.* nam & eâdem actione agendum eſſe conſtat in ſuperioribus omnibus caſibus, quibus dominus rei ſuæ dominium confuſione amiſit, *d. l. in rem*, §. *item quæcumque.*

Obſervandum tamen eſt in caſu ſingulari *d. legis de eo*, ideo admiſſum fuiſſe vxorem retrahere poſſe, quod donandi animo junxit ædificio mariti, vel contrà; quaſi in hac ſpecie omnino ſileat, & interquieſcat lex XII. tab. cùm res voluntate vtriuſque conjunctæ ſint. Eodémque caſu obſervo ceſſare ſenatuſconſultum, quod factum eſt M. Acilio Aviolâ, & C. Corellio Panſâ Conſulibus, de non dirimendis ædificiis commercii, & negotiationis causâ, in *l. Marcellus* 45. *ff. eod. tit. de donat. inter vir. & vxor.* quam eruditiſſimè D. Cujac. expoſuit *lib.* 5. *Obſ. cap.* 26. Et valde placet temperamentum, quod addit *d. l. Marcellus*, ſi ſine damno materia detrahi poſſit,

possit, quæ deinde separata vsui quidem domino esse possit, vt est in *d. l. de eo*. Cujus sensus in Florentina editione obscurior est, propter transpositionem harum particularum *quia*, & *quamvis*, & rectiùs vulgaris editio, *Quamvis nulla actio est, ex leg. XII. tab. quia decemviros, &c.*

* [41] SED DUPLUM PRO EO PRÆSTAT] Hoc intellige de eo, qui ignorans tignum alienum ædibus suis junxit, vel quod idem est, ex aliena materia in solo suo ædificavit; cùm appellatione tigni omnis materia significetur, ex qua ædificium constat, *l. 1. §. tigni, ff. de tigno junct.* Si autem sciverit tignum, vel materiam esse alterius, tenetur actione ad exhibendum, & rei vindicatione; non quasi possideat, sed quasi dolo malo fecerit quominus possideret, *d. l. 1. §. fin.* datúrque rei vindicatio extrinsecus, id est præter commodum pœnalis actionis in duplum, quod jam consequutus est dominus tigni vel materiæ. Ita enim oportet interpretari verbum *extrinsecus*, *l. fin. ff. de tigno juncto.*

§. XXX. Ex diverso si quis in alieno solo suâ materiâ domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intellegitur alienata [42], vtique si non ignorabat se in alieno solo ædificare. & ideo, licèt diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli: vtique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse [43], potest obici culpa, quòd ædificaverit temere in eo solo, quod intellegeret alienum esse. *Ex d. l. 7 de acquir. rer. dom.*

[42] QUIA VOLUNTATE EIUS INTELLEGITUR ALIENATA] Hæc est quidem prima naturalis ratio, quæ primâ fronte occurrit; vt qui sciens in alieno solo ædificat, vel quid aliud facit, donasse videatur, in *l. si servus 27. §. si olivam, ff. ad l. Aquil. l. cujus per errorem, ff. de reg. jur.* Sed vt eruditiss. Accursius notat, hoc impropriè dicitur; propriè enim donator non est, sed similis donatori. Propriè donator est, qui benignè, & liberaliter, & propensissimo animo dat; quíque profitetur se habere donandi animum, vt in specie *l. 14. ff. de donationib.* vbi qui alienum fundum donationis causâ excoluit, continuò res injectas domini efficere dicitur. Huic ergo primæ naturali rationi, seu fictitiæ donationi, occurrit alia ratio, quæ benignior est; vt si verè donandi animum non habuerit, sed sibi potiùs rem gerere voluerit, cùm possessionis dominus sit, id est cùm possideat; æquum non sit proprietatis dominum ex aliena jactura locupletari. quam rem nemo non videt ex mero gentium jure esse depromptam, *l. nam hoc natura, ff. de condict. indebiti.*

In hoc ergo veluti conflictu æquitatis hærent Iurisconsulti, & dubitant, cui potiùs adhærendum sit; vt colligere licet ex *l. planè, ff. de petitione hereditat.* & in *l. Iulianus, ff. de rei vindic.* In id tamen procliviores sunt, quasi pensior sit vltima ratio; vt etiam malæ fidei possessori præstentur impensæ, vel saltem liceat ei sine dispendio domini ædificium tollere: quam æquitatem manifestè sequitur Gordianus, in *l. domum, C. de rei vindic.* Et tandem hoc relictum videtur officio, & arbitrio judicis, qui variè ex causis, & personis constituet, quid ædificanti præstare debeat

dominus, *l. in fundo, ff. de rei vind.* Quod enim lex definire non potest, id necessariò relinquitur officio judicis, vt quodam loco Aristoteles docuit, vide Cujac. *lib. 10. Obs. c. 1. sub finem.* Porrò diruto ædificio si quæras, an materiam vindicare possit malæ fidei possessor; respondeo ex superioribus, obstare quidem rationem illam, vel potiùs fictionem juris; quia donasse videtur: sed rursus huic rationi opponendam esse contrariam rationem, quæ dictat æquum non esse dominum areæ ex aliena jactura locupletari. Et ideo re separatâ, quare non dabis vindicationem rei, quam consistente ædificio sine damno separari posse obtinuit? Rectè igitur hoc casu rescribit Antoninus in *l. 2. C. de rei vindic.* etiam ad malæ fidei possessorem redire materiam, nisi fortè habuerit donandi animum. Hic est enim d. legis sensus apertissimus, vt rectè Martinus contra Bulgarum animadvertit. Et quis quæso sanæ mentis commentum Bulgari, quod hoc loco probat Accursius, admittere potest, *d. legem* 2. accipiendam esse de malæ fidei possessore, qui ex aliena materia, in alieno solo ædificavit?

* 43 NAM SCIENTI ALIENVM SOLVM ESSE] Benigniùs tamen receptum est, vt etiam malæ fidei ædificator impensas, & mercedes fabrorum repetere possit; eo quòd æquum non sit ædificii dominum ex aliena jactuta locupletari, id enim regulariter naturâ prohibetur; quod & in persona prædonis, sive malæ fidei possessoris nominatim receptum est, *l. planè, ff. de petit. heredit.* Nec obstat quòd qui sciens in alieno fundo ædificat, materiam suam, & impensas donare videtur, *l. si olivam, ff. ad l. Aquil. l. cujus per errorem, ff. de reg. jur.* Nam id propriè donare non est cùm quis ita ædificat, vt suam potiùs rem gerere voluerit, quàm donare.

§. XXXI. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit[44], Mævii planta erit, si modò vtroque casu radices egerit[45]: antè enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus & fuerat. Adeò autem ex eo tempore, quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, vt si vicini arbor ita terram Titii presserit, vt in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus. rationem enim non permittere, vt alterius arbor esse intellegatur, quàm cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium[46] arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. *Ex d. l. 7. de acquir. rer. dom.*

44 IN MÆVII SOLO POSVERIT] Translatâ, puta, cum radicibus, & positâ juxta modum quem Seneca describit *epist. 86. sub fine.*

45 SI MODO VTROQVE CASV RADICES EGERIT] An priori domino danda sit saltem vtilis vindicatio in rem, quærunt veteres Iurisconsulti; quam dandam esse Varus, & Nerva existimabant, *l. idem Pomponius, §. de arbore, ff. de rei vindic.* quorum sententiam refert Vlpianus, nec tamen ideo probat; vt Bulgarus & Iohannes rectè censent; quia, vt hoc loco Iustinianus ait, omnino proprietas commutatur, *l. hoc amplius, §. de his, ff. de damno infecto, l. sed si meis, §. arbor, ff. de acquir. rer. dom.* Et ideo recurrendum est ad extremum illud subsidium actionis in factum, de qua suprà dixi.

46 ET IDEO PROPE CONFINIVM] Rectè prope confinium, nam in con-

finio nec arborem, nec lapidem licet ponere, *l. 2. ff. fin. regund.* Confinium autem est illud intervallum quinque pedum, quod ex lege XII. tab. & ex lege Manilia inter duos agros relinquitur; de quo in vexata *l. quinque pedum, C. fin. regund.* Fuit & sex pedum, vt Aggenus Vrbicus docet in *lib. de limitibus agrorum*, his verbis, *De fine lex Manilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit.* Quidam enim existimabant passum Geometricum, sive gradum, habere pedes sex. Sed communis ratio legis Maniliæ fuit quinque pedum, quam retinet *d. l. quinque pedum.* Et hanc reddere debemus Siculo Flacco in *lib. de conditionib. agrorum*, illo loco, quem rectè viri docti de mendo suspectum habent, *signantur vtrimque* (id est ex vtraque possessione) *intra pedes quinos, vt legis Maniliæ commemorationem habeant.* Quo loco rectè observant importunam esse vocem illam, *commemorationem*, & emendant *commensurationem*; sed ex ipso ductu, & apicibus literarum, & ex communi legis Maniliæ ratione de qua dixi; quis adeò cæcus est, vt non videat legendum esse *communem rationem*? Sic enim compendio exaratum fuerat, & inde natus fuit error. Vtitur autem Siculus appositè rationis verbo in hoc tractatu frequentissimè, quod malè expunxit superior emendatio. Iuxta confinium ergo arbor posita, si etiam in vicini fundo radices egerit, communis fit pro regione cujusque fundi, vt rectè ait *l. 8. ff. de acquir. rer. dom.* & easdem partes habent in arbore, quas habent in fundo. Partes ergo divisas ratione fundorum pro regionibus divisorum; quæ partes intellectu magis, quàm sensu percipiuntur, vt eleganter ait *l. 5. ff. de stipulat. servorum.*

At si arbor non posita, sed nata sit in ipso confinio, quæritur quid juris sit? quod & de lapide tractat Martianus in *d. l. 8. §. 1.* Hac de re duæ sunt celeberrimæ leges, *l. arbor, ff. communi divid.* & *l. pen. ff. pro socio.* Et si verum amamus, cum *d. l. arbor, dicta lex pen.* pugnare videtur. Quærit enim in *d. l. pen.* Paulus; an cùm succisa arbor est, vel lapis exemptus; pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua & in fundo fuerat. Sic enim legendum expuncto illo inepto glossemate, *ejus sit cujus fundus.* Quærit, inquam, an dicendum sit manere priores partes, quas constat fuisse finitas & certas; an verò quâ ratione duabus massis duorum conflatis fit massa communis, & confunditur dominium; ita arbor hoc ipso, quòd à solo separata, propriam substantiam in vnum corpus redactam accipit, multò magis pro indiviso communis fit, confuso quoque dominio. Priori tamen sententiæ accedit, & naturali rationi conveniens esse ait, postea tantam partem vtrumque habere, tam in lapide, quàm in arbore, quantam in terra habuit: eandem ergo, quam constat fuisse finitam, & certam, & communem pro diviso.

Objicies meritò, obstare *l. 8. in fine, ff. de rei vindic.* quæ vult rem mobilem duorum esse non posse, certis partibus, & finitis; quia hanc si dividis perdis: & voluisse Paulum partes habere pro indiviso. Hanc interpretationem verba Pauli ferre non possunt. Quærit enim, an easdem partes dominii habeant; an verò confundatur dominium. At negat confundi, ergo concludit easdem partes finitas manere. Ad objectionem autem illam sic respondeo, differentiam esse constituendam inter res mobiles. quasdam dividi non posse sine sui interitu; vt equus, bos, & homo, navis, ceteræque similes res; hæ ergo semper sunt duorum pro indiviso: quasdam verò esse, quæ commodè dividuntur sine rei interitu, vt arbor, lapis, tignum, &c. Et hoc est opinor quod Papinianus ait in *l. binas ædes, ff. de servitutib. vrban. prædiorum.* Cùm placeat, inquit, tignum duorum esse posse, certis partibus. quæ sententia accipienda est non solùm de tigno juncto ædibus, sed & de tigno

ſeparato; & videtur Papinianus argumentari à difficiliori caſu, vel à majori ad minus; quia in tigno juncto nulla poteſt eſſe dubitatio, *l. qua religioſis, ff. de rei vindic. l. 2. C. de ſervit. & aqua.*

Ceterùm juxta hanc ſententiam, quam placuiſſe Papiniano ait, reſpondet Paulus in *d. l. pen.* arborem, & lapidem retinere eaſdem partes finitas & certas, quas in terra habuerunt; quamvis ſcribens ad Sabinum in *d. l. arbor.* contrariam ſententiam proponat. Ex hac ergo Pauli ſententia explicandum eſt, quod Martianus ait in *d. l. 8. §. 1.* de lapide nato in confinio fundorum, qui pro indiviſo communis eſt; hoc enim exempto, domini eaſdem partes habent quas habuerunt in terra, id eſt indiviſas. Et aliud eſſe dicendum ſubintelligendum eſt, ſi fundi ſint communes pro diviſo; diviſi nempe certis partibus, & regionibus, vt in *l. placet, ff. quibus modis vſusfr. amittatur,* & in *l. ad certam partem, ff. de ſervitutib.* Hoc enim caſu pro diviſo lapis communis erit. & ita belliſſimè defendere poſſumus receptam lectionem, quam olim Rogerius antiquus gloſſographus de mendo ſuſpectam habuit, & omnino mutandam eſſe Cujac. cenſet in *priorib. notis.*

Sed huic ſententiæ, quam ſuprà vindicavi, arborem quæ in vicini fundo radices egerit, eſſe communem; obloquitur *l. vlt. ff. quod vi aut clàm,* junctâ *l. ſi plures, ff. arbor. furtim caſar.* quæ docent inſpiciendam eſſe originem arboris. An cum D. Cujacio dicendum eſt huic ſententiæ locum eſſe, cùm arbor, neque prope confinium poſita, neque in confinio nata eſt, ſed longè à confinio; vt hoc caſu origo prævaleat, in arbore, puta, amplioris radicis, vel vt Seneca loquitur in *d. epiſt. 86. grandiſcapia:* quæ, vt dicitur in vna ex multis ſolutionibus Accurſii, porrexit quidem radices in alienum fundum, ſed nullum, aut minimum alimentum accipit ex aliena terra: quo caſu æquum non videtur proprietatem communicari. Et ſi hoc non placet, quia nihil melius excogitari potuit; reſtat illud vltimum ſubſidium vt dicamus, hoc quoque in loco permanere veſtigia veteris controverſiæ inter Iuriſconſultos: contrariam enim ſententiam ex profeſſo refellere videtur Caius, cùm ait rationem non permittere, vt alterius arbor ſit, quàm ejus in cujus fundo radices egerit. Nec debeo prætermittere in *d. l. vlt. ff. quod vi aut clam,* meliorem eſſe vulgarem lectionem, *ſi vitem meam ex fundo meo in tuum depreſſeris*; malè Florentini *deprehenderis:* & eodem quoque ſenſu ſcriptum eſt in *l. 7. §. vlt. ff. de acquir. rer. dom. Si vicini arborem ita terra preſſerim,* non vt hoc loco, *ſi vicini arbor ita terram Titii preſſerit,* quæ verba quidam exiſtimant eſſe à manu Triboniani. Sed quia & hæc lectio commodè poteſt defendi, per me ſint omnia protinus alba; nam & per ſe arbor terram vicini premere poteſt, & modò huc, modò illuc ferri naturali ſuo motu, vt loquitur *l. 7. ff. de ſervit. vrban. præd.* Sic enim accipiendus videtur naturalis motus arboris, quæ, vt eſt in *d. l. 7.* in ſuo loco & ſtatu permanere non poteſt. Nam quod quidam fingunt de agitatione & impulſu ventorum, quo arbor non movetur naturaliter, ridiculum eſt. Nec placet quoque, quod docti viri fingunt de creſcentis arboris vegetatione, vel de tranſplantatione; tot enim intellectus virorum eruditorum ſolertia ad *d. legem* profert, quæ commodiſſimè ex hoc loco explicari poteſt.

* 46 PROPE CONFINIVM] Confinium propriè eſt tota illa latitudo quinque pedum, quæ ex lege XII. tab. & ex lege Manilia inter duos agros relinquitur. Cujus latitudinis meminit *l. quinque pedum, C. fin. regund.* Igitur arbor poſita juxta confinium, vel in confinio, ſi in vicini fundo radices egerit communis fit; quia arbores in confinio natæ in vtroque agro ſerpunt. Fit, inquam, communis

pro regione cujusque fundi, id est, vt ait rectè *l. 8. ff. de acquir. rer. dom.* easdem partes quisque dominus habet in arbore, quas habet in fundo, partes ergo divisas ratione fundorum pro regionibus divisorum. Dices: si arbor porrexerit radices in agrum vicini, & inde alatur, ejus arbor est in cujus fundo origo est, non ejus in cujus fundo alitur. Respondeo, licèt hoc verum sit, non tamen intelligi debet de arbore posita in confinio, quæ vt vtriusque terræ alimento alitur, ita & communis est pro diviso. Dices: atqui res mobilis, qualis est arbor, non potest possideri jure dominii pro diviso, sed immobilis tantùm, *l. 8. in fin. ff. de rei vindic.* Ergo si non potest possideri pro diviso, nec nostra potest esse pro diviso; regulariter enim rem mobilem qui dividit perdit, quia post divisionem desinit eadem esse quæ erat antè; quælibet enim pars arboris post divisionem non est arbor; secùs tamen est de immobilibus. Respondeo, arborem quamdiu fundo cohæret esse immobilem; quia quæ immobilibus adhærent sunt immobilia, sicut quæ religiosis, religiosa, *l. 43. ff. de rei vindic.* Nihil ergo vetat arborem, quamdiu fundo cohæret, possideri, & haberi pro diviso. Sed si eruta & succisa sit, res mobilis fit, & communis pro indiviso; quia postquam à solo separata est, jus dominii confunditur, & quasi vtraque pars consolidatur, & vnam substantiam capit; non secùs quàm massa argentea, quæ ex duabus aliis massis conflata est, *l. arbor, ff. comm. divid.*

§. XXXII. Quâ ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eâdem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelleguntur. Ceterùm sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundùm ea, quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum suâ impensâ bonâ fide conseruit. *Ex Gaio l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XXXIII. Literæ quoque licèt aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur, aut inseruntur, ideóque si in chartis, membranisve tuis carmen vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuásve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis: poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, vtique si earum chartarum membranarúmve possessionem bonâ fide nactus est. *Ex d. l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere. sed nobis videtur melius esse[47] tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Vnde si à domino tabulæ imaginem possidente, is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, possideat, consequens est, vt vtilis actio domino tabulæ adversùs eum detur. quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, vtique si bo-

nâ fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palàm est, quòd sive is qui pinxit subripuit tabulam, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

47 SED NOBIS VIDETVR MELIVS ESSE] Quia, vt ait *l.* 14. *ff. de verb. sign.* tabulæ pretium non in substantia, sed in arte positum videtur; & vt est in *l.* 13. *ff. eod. tit.* plus est in manus pretio, quàm in re ipsa, quod *d. l.* 14. ait esse ex sententia Labeonis, & Sabini.

§. XXXV. Si quis à non domino [48], quem dominum esse crediderit, bonâ fide fundum emerit, vel ex donatione aliâve qualibet justa causa æquè bonâ fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis [49] agere non potest. Ei verò qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licèt consumpti sint, cogitur restituere.

48 SI QVIS A NON DOMINO] Hoc indistinctè dicitur hoc loco de quolibet bonæ fidei possessore; quoscumque enim fructus operis, & facto suo percipit, suos facit pleno jure, vt loquitur *l. in pecudum*, *ff. de vsuris.* Ex agris fructus percipit cultura, ex pecoribus verò cura; curari enim dicuntur pecora, vel M. Tull. teste *lib.* 2. *de natura deorum*, & in *l.* 7. §. *non solùm*, *ff. soluto matrim.* Sed quia, vt Varro ait *lib.* 2. *de re rustica*, alia est ratio coloni, alia pastoris: hi fructus qui ex pecoribus percipiuntur, eleganter percipi dicuntur *curâ secura*, à Virgilio in *Culice.* Sic enim elegantissimos versus esse restituendos, ex veteribus schedis docet doctissimus Scaliger.

Et tu sancta pales, ad quam ventura recurrit
Agrestum bona fors curâ secura. teneisque
Herbiferos saltus nemorum, sylvásque virentes.

At si fructus sine cultura & cura percipiantur, vt in exemplis propositis in *l. fructus*, *ff. de vsuris*, si sylvam cædat, si pomum decerpserit; hos fructus non quilibet bonæ fidei possessor potest facere suos, vt d. l. eleganter ait, nec temere immutanda est recepta & verissima lectio. Et quia ait, non quemlibet bonæ fidei possessorem hos naturales fructus facere suos; necessariò nobis quærendum relinquit quemdam bonæ fidei possessorem, qui & hos fructus naturales possit facere suos. Hunc autem cùm bonâ fide suggerat *l. bonæ fidei*, *ff. de acquir. rer. dom.* non potes sine dolo malo repudiare: loquitur enim custoditè de bonæ fidei emptore, quem ait fructus tam naturales, quàm industriales facere suos, *non tantùm eos, inquit, qui diligentiâ & operâ ejus pervenerunt, sed omnes*, id est non tantùm eos qui ex facto ejus nascuntur; sed & eos, qui sine ejus facto naturaliter percipiuntur, vt ait *d. l. fructus.* Est ergo bonæ fidei emptor, qui bonâ fide pretium numeravit, hoc colore separandus à ceteris bonæ fidei possessoribus; vt in plerisque juris partibus, *l. apud*, §. *si quis autem*, *ff. de doli mali & metus except.* quæ eleganter ait, aliud esse emere, aliud ex lucrativis causis succedere.

* 48 SI QVIS A NON DOMINO] Quæritur, vtrum bonæ fidei possessor, qualis est is qui rem à non domino, quem putabat esse dominum; itémque is qui ex donatione, aliâve justâ causâ rem ab aliquo accepit, fructus perceptos ex re illa

bonâ fide possessâ acquirat & faciat suos. In hac quæstione vulgò separari solent fructus naturales ab industrialibus, & extantes à consumptis. Naturales sunt, qui sponte, & naturâ suâ sine facto hominis nascuntur; id est, sine opera & diligentia nostra, vt fœnum, poma, pyra, &c. Industriales, qui hominis facto, & industriâ magis quàm naturâ proveniunt; scilicet ex cultura agrorum, & cura pecorum. & illos quidem regulariter quilibet facit suos, naturali ratione, vt qui sementem facit bonâ fide & metat; alios nequaquam, *l. fructus, ff. de vsur.* Imò nec illos quidem absolutè & irrevocabiliter, sed tum demum si consumpti sint: extantes enim vindicari posse, & restitui oportere officio judicis à quolibet bonæ fidei possessore, certum est, *l. certum, Cod. de rei vindic.* §. 2. *infrà, de offic. judic.* Et consumptos suos facere bonæ fidei possessorem probat *l. quæsitum in fine, ff. de acquir. rer. dom.* & alibi passim; licèt enim perceptione solâ suos faciat interim, absolutè tamen, & irrevocabiliter non nisi consumptione facit. Perceptio siquidem statim inchoat, consumptio autem consummat acquisitionem fructuum. Quamquam tamen extantes adhuc, cùm petuntur & vindicantur, possit oppositâ exceptione doli mali retinere pro cultura, & impensis ab eo factis *l. sumptus* 48. *ff. de rei vindic.* quia fructus semper intelliguntur deductis impensis, *l. si à domino* 36. §. *fructus, ff. de petit. heredit.* Conclude, bonæ fidei possessorem solos industriales fructus consumptos facere suos pleno jure, & irrevocabiliter; non item naturales, non extantes.

Dices: bonæ fidei possessor omnes fructus, tam naturales, quàm industriales facit suos, *l. bona fidei, ff. de acquir. rer. dom.* Respondeo cum Cujacio in *prioribus notis ad hunc tit.* & in *l. quæsitum, ff. eod.* bonæ fidei possessorem fructus naturales facere suos, non absolutè, non pleno jure, sed quamdiu res non evincitur; aliud est enim suos interim facere, aliud absolutè, & pleno jure. Quos interim facit suos, re evictâ restituit bonæ fidei possessor; & ideo Paulus in *d. l. bona fidei.* addit nominatim particulam, *interim*, quod idem est omnino quod, quamdiu res non evincitur, vt colligi potest ex *l. qui scit*, §. *fin. ff. de vsur.* Alii volunt *d. l. bonæ fidei* intelligendam esse de bonæ fidei emptore, qui pretium numeravit; qui, quia onerofo titulo rem habet, æquum quoque est, vt vice vsurarum pretii quod ei abest, fructus omnes tam naturales, quàm industriales faciat suos: secùs si titulo lucrativo rem habet.

Sed adhuc obstant Iustiniani verba in *hoc nimirum* §. *si quis.* dum volunt promiscuè, non habitâ ratione tituli lucrativi aut onerosi, emptores, donatarios, aut qui ex alia justa causa possident, pro cura, & cultura fructus suos facere: id est industriales tantùm, eósque consumptos. Respondeo, Iustinianum hoc loco omnes possessores bonæ fidei pares facere, tam ex causa lucrativa, quàm onerosa, in fructibus industrialibus, qui curâ scilicet & culturâ percepti sunt: in naturalibus autem fructibus, multum refert emptor bonæ fidei pretium numeraverit, necne; vt enim emptor qui non numeravit pretium non fit dominus rei emptæ, §. *vendita, infrà, hoc tit.* ita nec fructus naturales suos facere debet. Qui autem pretium numeravit, & rem, & per consequens fructus omnes suos facit, tam naturales, quàm industriales, *d. l. bona fidei.* Et hæc quidem obtinuerunt in bonæ fidei possessore; malæ fidei autem possessor nullos omnino fructus, neque industriales, neque naturales, neque extantes, neque consumptos facit suos, sed omnes restituere tenetur, *d. l. certum, Cod. de rei vindic.*

49 DE FRVCTIBVS AB EO CONSVMPTIS] Si fructus consumpti non sint, quamvis pertineant statim ad bonæ fidei possessorem indistinctè, si emptor sit;

si verò donatarius aut legatarius, adhibitâ superiori distinctione naturalium, & industrialium: tamen officio judicis addicti huic judicio rei vindicationis restituendi sunt, §. 2. *infrà, de officio judic.* Aliud omnino dicendum est in malæ fidei possessore, *l. si pignore, §. si prædo, ff. de pignerat. act. l. certum, C. de rei vindic. l. 3. Cod. de condictione ex lege.* Bonæ fidei possessor consumptos fructus irrevocabiliter facit suos, extantes verò interim facit suos, vt loquitur *d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. dom.* Domini enim supervenientis, & rem evincentis fieri possunt. & ita in *l. 12. §. vlt.* aliàs est *l. si fur, ff. de vsufructu.* Fructus ab alio, quàm à fructuario separati, interim fiunt proprietarij; quia si à fructuario deinde apprehenduntur, fructuarii fieri possunt. Et cave ne perperam dicas cum quibusdam, hos fructus quos interim bonæ fidei possessor dicitur facere suos, ab eodem bonæ fidei possessore posse vsucapi. Si suos facit, ergo non potest vsucapere, nemo enim quod suum est vsucapit, *l. 4. §. lana, ff. de vsucapion.* Nec obstat quòd dominium ab eo discedere possit domino rei superveniente, *l. in bello, §. si quis servum, ff. de captiv. & postlim.* Vide Cujac. *in Paratit. C. tit. de vsucap. pro empt. vel pro transf.* & ad *d. l. 4. §. lana, ff. de vsurp. & vsuc.*

§. XXXVI. Is ad quem vsusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideo licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredem ejus non pertinent [50], sed domino proprietatis adquiruntur [51]. Eadem fere & de colono dicuntur.

* 50 AD HEREDEM EIVS NON PERTINENT] Quia, scilicet, vsusfructus est jus quod personæ fructuarii cohæret, *l. 3. §. fin. ff. quibus mod. vsusfruct.* & cum anima ejusdem fructuarii exspirat, *l. pen. §. fin. Cod. de vsufruct.* Ideoque si maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit vsufructuarius; non heredi ejus, sed proprietario hujus anni fructus competunt, *l. in singulis, ff. de annuis leg.* Neque enim plus juris fructuarius ad heredem potest transmittere, quàm ipse habebat. At nullum habet in fructibus nondum perceptis. Deinde eadem ratio est constituti & finiti vsusfructus: ergo sicut constituto vsufructu maturis fructibus, nondum tamen perceptis, fructus ad solum fructuarium pertinent, non ad proprietarium, *l. si pendentes, ff. de vsufruct.* ita quoque finito vsufructu, & consolidato proprietati maturis fructibus, nondum tamen collectis; fructus ad solum proprietarium, non autem ad vsufructuarii heredem pertinere debent. Nec dicas: fructus fundi dotalis vltimi anni, quo matrimonium solutum est, dividuntur inter vxorem & heredem mariti, pro rata temporis quo matrimonium duravit, *l. fructus 7. §. Papinianus, l. si alienam, ff. soluto matrim.* Ergo & fructus pro rata temporis quo fructuarius superstes fuit, inter heredem fructuarii, & proprietarium dividi debent. Respondeo enim, nihil hunc casum commune habere cum vsufructu; diversum enim est jus mariti, & fructuarii; fructuarius vtitur fruitur alienâ re, maritus autem est dominus rei dotalis, *§. per traditionem, infrà, hoc tit.* Vsufructuarius percipit fructus ex mera liberalitate: maritus autem pro oneribus matrimonii, *l. pro oneribus, Cod. de jure dot.* Idem dicendum de eo qui feudum accepit, & servitium domino præstare tenetur. Idem de plebano & rectore, qui ratione officii beneficium habet. His enim personis ratione oneris, pro rata temporis quo onus sustinent fructus debentur, & heredibus eorum, si decesserint ipsi nondum perceptis fructibus.

51 SED DOMINO PROPRIETATIS ACQVIRVNTVR] Vt contrà, si maturis

turis fructibus inceperit vsusfructus, nihil in fructibus proprietarius potest sibi vindicare, *l. si pendentes, ff. de vsufruct.* Eadémque ratio est finiti, & constituti vsusfructus; quia vsufructu constituto, statim acquirit fructuarius hoc jus vtendi fruendi à proprietate separatum, quæ ideo nuda dicitur, vtpote destituta omni emolumento vsusfructus, *§. vlt. infrà, de vsufruct.* Est enim jus quod cohæret personæ, ad quam vsusfructus pertinet, certis modis jure civili constitutis; & statim afficit fundum, qui ab eo tempore personæ servire dicitur, *l. dominus, ff. de vsufruct.* Et fundi dominus plenam potestatem quam habet in fundo amittit, quæ tamen ei redditur finito vsufructu, *d. §. vlt.* Hi sunt certissimi effectus vsusfructus, quem eleganter interpretes formalem vocant; quia ita fuit jure civili formatus & constitutus, vt à proprietate recedat, & subsistat per se in persona fructuarii: ad differentiam vsusfructus quem causalem vocant, quem dominus habet, qui pleno jure proprietatem retinet sine vsusfructus separatione; fructus enim percipit ratione dominii & proprietatis, fructuarius verò ratione hujus juris formati, & constituti à jure civili. Et cùm sit certissima hæc natura vsusfructus, nullâ ratione juris dici potest finito vsufructu, id est penitus extincto hoc jure, fructuarium posse aliquid transmittere ad heredem, *l. in singulos, ff. de annuis leg.* Cujac. in *Parat. C. tit. quando dies leg. & fideicommiss. cedat.* & pro rata temporis quo constitit vsusfructus, fructuum maturorum partem deberi heredi fructuarii. multò minùs teneri heredem fructuarii fructus à fructuario perceptos, & consumptos, cum proprietario communicare. Si hoc verum esset; necessariò, eadémque ratione sequeretur, constituto vsufructu collectis, & separatis fructibus, debere proprietarium jam collectos fructus cum vsufructuario communicare pro rata temporis instantis anni, vel currentis (vt in idiotismo loquitur.) Atque ita nescio quâ fronte definiendum esset, fructuarium jus habuisse in fundo ante vsumfructum constitutum; quod vsusfructus natura suprà exposita non patitur. afficit enim fundum in eo statu, quo fundus est ipso momento, quo constituitur; neque retrotrahi potest hæc qualitas, quæ eadem ratione extinguitur, eodémque momento, quo finitur vsusfructus, omnino cessat. Ideóque, si constituto vsufructu ager in locatis sit, vt loquitur *l. Iulianus, §. si in locatis, ff. de actionibus empti*, & nihil dictum sit de pensionibus; bellissimè fructuarius comparatur emptori in *l. arbores, §. 1. ff. de vsufruct.* quem constat posse colonum expellere, *l. 9. C. de locato conducto.* vt & finito vsufructu, si vsufructuarius fundum locaverit; proprietarius potest expellere colonum, qui heredi defuncti fructuarii pensiones præstare tenetur, pro rata temporis quo finitus est, *l. 9. §. hic subjungi potest, ff. locati.* Quòd si fortè omnibus fructibus perceptis fructuarius decesserit, integram pensionem percipit heres, *l. defuncta, ff. de vsufruct.* in qua si quid præter Scævolam suppleas, dicam id te effingere de tuo jecore, sine vlla ratione. Nulla ergo dari potest divisio fructuum jam perceptorum, vel pensionum quæ loco fructuum sunt, inter heredem fructuarii & proprietarium, vel inter proprietarium & fructuarium. Nam si omnes fructus non sint percepti, vel potest fructuarius constituto vsufructu jure suo, vt dixi, expellere conductorem; vel si vult stare conductioni, habitâ ratione fructuum pendentium pensionem percipit. Idémque dicendum est de proprietario finito vsufructu, quod & de operis à fructuario servo locatis respondet Paulus in *l. si operas, ff. de vsufructu.* Pendent enim operæ quas nondum præstitit servus, *l. 1. ff. de operis servor.* nec vllus extat juris civilis locus, qui contrarium probet. Nam quod probare tentat contrariæ sententiæ vindex acerrimus ex *l. 32. §. pen. de vsufr. legato*, superiorem distinctionem admittit: reliqua enim colonorum,

vt Accursius rectè, percipit fructuarii heres; quia jam fructus percepti sunt: vel pensionem integram anni cœpti; quia, vt Rogerius acutè animadvertit, legatum relictum est in annos singulos, quo casu legatarius integri anni legatum transmittit, *d. l. in singulos, l. à vobis, ff. de annuis legatis.* Nihil quoque probat *l. 5. §. vlt. ff. si vsusfructus petat.* quæ simpliciter ait, in actionem confessoriam, quâ vsumfructum vindicat vsufructuarius, posse venire fructus; vt in actionem negatoriam, quâ proprietarius agit negans vsumfructum deberi. Et quamvis divisio fructuum vltimi anni quo matrimonium stetit, admittatur in fundo dotali, *l. 7. §. Papinianus, l. si alienam, ff. soluto matrimonio, l. vnica, § cùm autem in exactione, C. de rei vxoriæ act.* Nihil hic casus commune habet cum vsufructu; nam aliâ ratione maritus percipit fructus, puta pro oneribus matrimonii, non jure vsusfructus. Idem dicendum videtur de eo qui feudum accepit, & servitium domino præstare tenetur; & de Plebano, vel Rectore, qui ratione officii beneficium habet: his enim omnibus, pro rata temporis quo onus sustinent, fructus debentur, vt militibus annonæ, *l. 14. C. de erogat. milit. ann.* quod & de scriba quæstorio scribit Plinius *lib. 4. epist.* Aliquando tamen cœpti anni salaria integra accipit heres defuncti, ex privilegio, & in honorem susceptæ administrationis, *l. 5. §. vlt. C. de advocat. divers. judic.* quod & judicatum fuisse in gratiam heredum Philippi Decii, Fulgosius notat in *d. l. à vobis*, vt ex senatusconsulto Parisiensi in causa heredum Eguinarii Baronis, contra civitatem Biturigum, vt docet Cujac. in *l. diem functo, ff. de offic. Adsessor.* & in *d. l. à vobis, ad responsa Modestini.*

§. XXXVII. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pili, & lana. Itaque agni, hœdi, & vituli, & equuli, & suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt: partus verò ancillæ in fructu non est [52]. itaque ad dominum proprietatis pertinet. absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse; quum omnes fructus rerum natura [53] gratiâ hominis comparaverit. *Ex Caio l. 28. de vsur.*

* [52] IN FRVCTV NON EST] Licèt partus ancillæ in fructu non sit, *l. vetus, ff. de vsufr. & quemadm. quis vt.* Sequitur tamen in quibusdam casibus conditionem fructuum, *l. Falcidiæ 24. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. sed & partus, ff. quod metus causa, l. ait Prætor, §. partum, ff. quæ in fraudem creditor, l. Iulianus 17. §. 1. ff. de rei vindic. l. ancillarum, ff. de petit. heredit.* & alibi passim.

[53] CVM OMNES FRVCTVS RERVM NATVRA] Ratio elegantissima repetita ex disciplina Stoïcorum, quorum ex præceptis constat imbutos fuisse Iurisconsultos; atque ita prævaluit Bruti sententia contra Q. Mut. Scævolam augurem, *l. vetus, ff. de vsufruct.* Sed hujus juris aliam rationem tradit Paulus in *l. ancillarum, ff. de heredit. petit. Ancillarum partus fructus esse non existimantur; quia non temere ancillæ ejus rei causâ comparantur vt pariant.* ait, *non temere*, vt Horatius,

Non temere vatis avarus est animus.

Basilica, οὐδὲ πάντως, non semper. tamen ratio Pauli comparata cum ratione nostri §. frigidior erit Gallica nive: & sanè ita est, juris certi, & constituti rationes quales quales tradere Iurisconsulti solebant, vt sæpissime præstantiss. Cujac. docuit.

§. XXXVIII. Sed si gregis vsumfructum quis habeat, in locum

demortuorum capitum [54] ex fœtu fructuarius summittere debet [55], vt Iuliano visum est, & in vinearum demortuarum, vel arborum locum, alias debet substituere. rectè enim colere, & quasi bonus paterfamilias vti debet.

[54] IN LOCVM DEMORTVORVM CAPITVM] Vel inutilium; aut, vt Columella loquitur, vitiosorum, *l. vel inutilium, ff. de vsufruct.* Debet, inquit, in locum capitum defunctorum, vel inutilium alia submittere. *vt, post substituta, fiant priora fructuarii.* sic legendum videtur, non *propria*; quia, vt subjicit, *& sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque, ex natura fructus, desinunt ejus esse.* Eâdémque formâ in *l. agri, ff. eod. tit.* in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt, & priores ad fructuarium pertinent.

* [55] SVMMITTERE DEBET] Et hæc non ampliùs erunt in fructu, sed ad proprietatem pertinebunt, *l. 58. §. hereditatem, ff. ad Sc. Trebell.*

§. XXXIX. Thesauros [56] quos quisque in loco suo invenerit, divus Hadrianus, naturalem æquitatem sequutus, ei concessit, qui invenerit. Idémque statuit, si quis in sacro [57], aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non datâ ad hoc operâ, sed fortuitò invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, vt si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit: dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

[56] THESAVROS] Contrarium huic Hadriani rescripto, divorum fratrum rescriptum opponitur vulgò ex *l. 3. §. si in locis fiscalibus, ff. de jure fisci.* De his enim, quæ ad fisci compendium pertinent, variè rescribere solebant Principes. sed magis probat Iustinianus Hadriani sententiam haustam ex naturali ratione, id est ex jure gentium, quod semper æquum & bonum est, *l. pen. ff. de justit. & jure*; à quo, etsi jus civile aliquando recedat, facile tamen est hanc summam, & naturalem æquitatem revocare, & ambiguas, legúmque diversis interpretationibus titubantes causas, naturalis juris moderamine temperare, vt eleganter ait *l. 5. C. de bonis quæ liberis in potest.*

* [57] IDEMQVE STATVIT SI QVIS IN SACRO] Huic rescripto Hadriani contrarium est rescriptum D. fratrum Antonini & Veri nepotum ejus, in *l. 3. §. si in locis, ff. de jure fisci.* vbi dicitur, thesauri reperti in loco sacro, & religioso, dimidium fisco vindicari. Respondeo, quòd Hadrianus naturalem sequutus est æquitatem, & jus gentium, quod semper æquum & bonum est, *l. pen. ff. de justit. & jure.* Divi autem fratres civilem, & fiscalem rationem, quæ vult etiam locorum sacrorum, & religiosorum curam ad Principem pertinere. Sed Iustinianus hoc loco Hadriani magis, quàm D. fratrum sententiam probat; quòd naturali ratione loca sacra, & religiosa propriè nullius sint; & consequenter nullus est illorum locorum quasi dominus, cui repertus thesaurus communicari debeat. Thesaurus autem est vetus depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, vt jam dominum non habeat, *l. numquam 31. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.*

§. XL. Per traditionem [58] quoque jure naturali res nobis adquiruntur. nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, *Ex Caio l. 9. de acqu. rer. dom.*

quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria[59] & tributaria prædia, quæ in provinciis sunt: inter quæ necnon & Italica prædia, ex nostra constitutione nulla est differentia. sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

[58] PER TRADITIONEM] Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit.* 19. Mancipatio verò propria alienatio rerum mancipi, jure civili introducta; & tantum locum habuit inter cives Rom. Latinos colonarios, Latinósque Iunianos, & peregrinos, quibus jus commercii datum erat. Ideóque prædia provincialia, stipendiaria, & tributaria, de quibus in hoc §. Iustinianus, per mancipationem alienari non poterant; quia mancipatio dabat dominium ex jure Quiritium, quod provinciales non habebant; & erant res nec mancipi, quæ traditione alienabantur. Ne dicas tamen cum quibusdam, generaliter rem mancipi non potuisse alienari mancipatione; vel contrà, rem mancipi traditione. nam quamvis traditio propria sit alienatio rei nec mancipi, & mancipatio propria alienatio rei mancipi: tamen & in Italia, & ab iis qui jus commercii habebant, res mobilis nec mancipi, mancipatione potuit alienari; & contrà res mancipi, non solùm mancipatione, sed etiam traditione, Vlpianus *lib. Reg. tit.* 1. *§. in bonis.* Paul. *lib.* 1. *Sent. tit.* 13. *Venditor cogi potest, vt rem tradat, vel mancipet.* sed sublatâ hac differentiâ rerum, & dominii bonitarii, & quiritarii, *l. vnic. C. de vsucap. transform.* (vt diligentiùs dicam ad *tit. de vsucap.*) remanet hic naturalis modus transferendi dominii; *Nihil enim est tam conveniens naturali æquitati, &c.* Præcedente tamen justâ causâ, *l. numquam, ff. de acquir. rer. dom.* Vnde meritò à doctoribus quæsitum est, quid sit dicendum in emptione quæ scripturâ perficitur, si fortè res tradita sit à venditore ante scripturam confectam. Quod vulgò tractatur in *l. contractus, C. de fid. instrum.* & quæritur, an transferatur dominium; videtur enim traditio subsecuta ex causa non perfecta. Sed rectissimè, meo quidem judicio, Bartolus ait, hoc casu transire dominium; quia quod Iustinianus constituit, emptionem non esse perfectam, locum tantùm habet re non traditâ; vt sit pœnitentiæ locus, & ne vlla traditionis necessitas venditori injiciatur. At qui rem tradidit, discedere videtur à prima conventione scripturæ; & ex emptione, quæ regulariter perficitur consensu, rem tradere.

* [58] PER TRADITIONEM] Traditio est naturalis acquirendi modus: definitur autem à Theophilo, de manu in manum translatio, naturalem quemdam, minimæque solemnitatis actum, & qui facilè absolvi possit, continens. Ait, *de manu in manum translatio*; quia traditio primùm locum habuit in rebus mobilibus, quæ manu tractantur; & in quibus contractus, qui jure gentium introducti sunt, cœpisse videntur, itémque omnia rerum commercia. Cùm enim ab initio nulli agris constituti essent termini, omnísque terra vno spiritu communis esset omnibus hominibus, *l.* 5. *ff. de justit. & jure.* Res mobiles, quòd expeditiori modo acquirerentur, & discernerentur, occupatione, vel traditione fiebant singulorum; quod & postea ad res immobiles extensum est. quæ tamersi propter magnitudinem moveri non possint, & transferri; pro traditis tamen habentur, si in re præsenti

consensus intervenerit, & vacua possessio relicta sit, *l. pen. §. fin. ff. de acquir. poss.* Postrema hujus definitionis verba traditionem à mancipatione distinguunt. Erat enim traditio olim propriè alienatio rerum nec mancipi; mancipatio autem alienatio rerum mancipi, apud Vlpianum *in Fragm. tit.* 19. Adeò vt olim duplex venditio, traditióque duplex fuerit: vna civilis & formularia ex lege XII. tab. quæ fiebat per solemnem mancipationem: altera naturalis ex jure gentium sine ordine & formula, quæ fiebat per traditionem.

* 59 VOCANTUR AUTEM STIPENDIARIA] Horum prædiorum situm ostendit hîc quidem Iustinianus, sed non explicat conditionem, & causam appellationis eorum. Videntur autem ea fuisse, quæ ab hostibus capta populus Rom. vel Princeps, iisdem devictis hostibus, quorumdam dignitate, gratiâ, aut amicitiâ motus restituebat, inquit Siculus Flaccus: cum impositione tamen oneris, vel certæ partis fructuum, vel certæ pecuniæ, sibi tamquam directo domino solvendæ. Directum enim dominium illorum prædiorum retinebat populus Rom. Vsum autem, seu possessionem relinquebat devictis hostibus, impositis tributis, & stipendiis. Hujusmodi stipendiaria, & tributaria prædia in provinciis fuisse, ait hîc Iustinianus; ad differentiam prædiorum Italici soli, quæ vt jure semper optimo donata sunt; ita & immunia, ac libera à tributis, & stipendiis erant. quò fiebat, vt ipsa alienari mancipatione possent, id est modo alienandi proprio civium Romanorum: provincialia autem nonnisi traditione solâ naturali possent; eo nimirum modo, qui semper ab initio fuerat observatus inter omnes gentes. Tandem autem sublatis à Iustiniano in *l. vnica, Cod. de vsucapione transformanda*, mancipatione; & differentia rerum mancipi, & nec mancipi; dominii quiritarii & bonitarii, vt infrà latiùs dicam *tit. de vsucapion.* eadem cœpit esse ratio prædiorum provincialium, & Italicorum; idémque modus transferendi illorum dominii, nimirum traditio. Præcedente tamen justâ aliquâ causâ; puta, donationis, dotis, aut quâlibet aliâ. Numquam enim nuda traditio transfert dominium; sed ita, si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *l. numquam, ff. de acquir. rer. dom.*

§. XLI. Venditæ verò res, & traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

§. XLII. Nihil autem interest vtrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. *Ex d. l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XLIII. Quâ ratione si cui libera[60] vniversorum negotiorum administratio à domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis. *Ex d. l. 9.*

* 60 SI CUI LIBERA] Rectè, *si cui libera*; multum enim refert, an generale mandatum habeat quis, id est totorum bonorum procurator constitutus sit: an præter generale mandatum, libera administratio vniversorum negotiorum ei concessa sit. Si primum; ea tantùm facere potest, quæ vtilitatem negotiorum respiciunt, id est, ex quibus conditio domini melior fieri potest, & non deterior: & ideo, qui sic constitutus est procurator, rem domini nec donare, nec alienare potest,

l. procurator totorum, ff. de procuratoribus. Quia in hoc constitutus tantùm videtur, vt vtiliter tantùm administret. Si secundum; potest procurator omnia facere, sive conditio domini melior fiat, sive deterior: sicque alienare, & permutare, & donare potest, *l. procurator cui generaliter, ff. de procuratorib.* Quia clausula illa, *cui libera*, plenam & absolutam dat ei potestatem versandi in negotiis domini, modò doli, & culpæ argui non possit.

§. XLIV. Interdum etiam sine traditione, nudâ voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit: eo tamen ipso, quòd patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset. *Ex d. l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem. *Ex d. l. 9.*

§. XLVI. Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: vt ecce Prætores, & Consules, qui missilia jactant[61] in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus: & tamen quia volunt quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt. *Ex d. l. 9.*

[61] QVI MISSILIA IACTANT] Ad hæc missilia alludere videtur Tertull. in eruditissimo *lib. de Pallio, Aut imbres ruuns, aut si qua missilia cum imbribus.* Ceterum locus Musæ Rhetoris, quem *in posterioribus notis* ex Seneca vir magnus refert, parum pertinet ad hanc missilium jactationem; cùm potiùs pertineat ad sparsiones croci in theatris frequentissimas. Glossarium vetus, *Sparsio*, κρόκος ὁ ῥαινόμενος ἐν θεάτροις. hanc sparsionem intelligit Martialis, cùm ait pulpita permaduisse croco; *epigr. 26. lib. 5.* & in *lib. Spectaculorum, epig. 3.*

Et Cilices nimbis hîc maduere suis.

Quamvis ergo missilium sparsio imber dicatur à Statio *sylva ult. lib. 1.* & ab eodem Martiale nimbus, *epig. 78. lib. 8.*

Nunc veniunt subitis lasciva numismata nimbis.

Separandus est tamen croceus imber, ab imbre missilium, vel numismatum; hic enim jactatur, vt à populo colligatur, vt eleganter Martial. ait,

Vt in populum multa rapina cadat.

Ille verò, vt in theatris suavissimum odorem præstet: & ideo à Musa dicitur *odoratus imber*, & ab Apuleio *Milesia 10. imber odorus.*

§. XLVII. Quâ ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus eâ mente abjecerit, vt id rerum suarum esse nolit: ideóque statim dominus esse desinit.

§. XLVIII. Alia causa est earum rerum, quæ in tempe- *Ex d. l. 9. de.*

ſtate maris, levandæ navis causâ, ejiciuntur. hæ enim dominorum permanent [62], quia palàm eſt eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere non vult, ſed quo magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari nactus, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. Nec longè diſcedere videntur ab his, quæ de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt. *acquir. rer. dom.*

[62] HÆC ENIM DOMINORVM PERMANENT] *L. qui levandæ, ff. de leg. Rhod. de jactu, l. quacumque, ff. de acquir. rer. dom. l. pen. ff. pro derelicto.* Idem dicendum de rebus naufragio amiſſis, quas aliquando fiſcus ſibi vindicabat, juxta illud Poëtæ,

Res fiſci eſt, vbicumque natat.

Quo jure vti volebant publicani Cycladarum inſularum in *elegantiſſ. l. deprecatio, ff. de l. Rhod. de jactu.* Quod Imper. Antoninus non probavit, vt colligere licet ex *l. vlt. ff. de incendio, ruina, & naufragio*, & *l. 1. C. de naufragiis.* Hoc jure aliquando vtebatur Comes Britanniæ Aremoricæ; quo tamen ſe abdicare coactus fuit in Concilio Nannetenſi, vt notat Ildebertus Cenomanenſis *epiſt. 65.* Idémque ſibi contra naturalem æquitatem vindicare Regem Hiſpaniæ, docet gloſſa in *can. diſpenſationes, 1. q. 7.* In Aquitania tamen etiam hodie retinet hoc jus Capitalis Buſiorum, vt Paulus Æmilius loquitur, vulgò, *le Captan de Buch.* Extat quoque hujus rei veſtigium in Conſuetudinibus Normaniæ, *au titre de Varech.*

De rebus incorporalibus.

CAPVT II.

QVÆDAM præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. *Hic totus titulus deſcriptus eſt ex l. 1. de rer. diviſ.*

§. I. Corporales hæ ſunt, quæ ſui naturâ tangi poſſunt, veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles.

§. II. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea, quæ in jure conſiſtunt [1]: ſicut hereditas, vſusfructus, vſus, obligationes quoquo modo contractæ [2]. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur. nam & fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt, & id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale eſt, veluti fundus, homo, pecunia. nam ipſum jus vtendi fruendi, & ipſum ius obligationis, incorporale eſt.

* RES incorporales à Iuriſconſultis dicuntur jura; quia cùm per ſe conſiſtere nequeant, juris auctoritate conſtituuntur, & intelliguntur. Cujuſmodi eſt here-

ditas, vsusfructus, obligatio, servitutes prædiorum : & generaliter quæcumque sine vllo corpore juris intellectum habent, vt de ipsa hereditate dicitur in *l. hereditas, ff. de petit. heredit.* De vsufructu in *l. Mævius 66. §. pen. ff. de leg. 2.* & de aliis id genus rebus incorporalibus.

[1] QVÆ IN IVRE CONSISTVNT] Sic vsusfructus in jure consistere dicitur, *l. Mævius, §. pen. ff. de leg. 2.* Iura opponuntur corporibus, *l. 3. §. 1. ff. de bon. possess.* & corporis dominus non est, qui jus habet, vt puta servitutem, *l. 13. §. 1. ff. de damno infecto.* Corpora sensu, jura intellectu percipiuntur, Papin. in *l. hereditas, ff. de petit. heredit. Hereditas etiam sine vllo corpore, juris intellectum habet.* Et ideo Metianus dicebat, quantitatem ex hereditate, quam jus esse constat, detrahi non posse, *l. cogi, §. inde quæritur, ff. ad Trebellian.* Eâdémque ratione Paulus, hereditatem pro parte divisa non posse possideri, *l. 8. in fine, ff. de rei vindic.* Imò, communio juris separatim intelligi non potest, vt eleganter Pompon. ait, in *l. arbor, §. si per eumdem, ff. communi divid.* Est enim jus in solidum penes quemlibet ex multis sociis. Quæ ratio efficit, vt in specie *d. §. si per eumdem*, detur negotiorum gestorum actio; quod & Papin. probat *l. liberto §. vlt. ff. de negotiis gest.* Quamvis actio communi dividundo primâ fronte competere videatur, juxta regulam ab eod. Papin. traditam in *l. 6. §. ceterum, ff. communi divid.*

[2] OBLIGATIONES QVOQVO MODO CONTRACTÆ] Quæ ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris; id est, quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio, *l. 1. ff. de oblig. & act.* Obligationes ergo, quibus quis obligari potest, secundùm varia nostræ civitatis jura, vt est in definitione obligationis; vel secundùm jus civile, vel secundùm jus honorarium, vel secundùm jus extraordinarium, *l. creditores, ff. de verb. signif.* Obligationes naturales, quæ actionem non pariunt, impropriè dicuntur jura; & ita Iurisconsultus in *l. quamvis, ff. ad Trebell.* actiones civiles, & prætorias, & causas naturalium obligationum, ait transferre heredem in fideicommissarium.

§. III. Eodem numero sunt jura prædiorum vrbanorum & rusticorum[3], quæ etiam servitutes vocantur.

[3] IVRA PRÆDIORVM VRBANORVM ET RVSTICORVM] Servitutes sunt prædiorum qualitates, *l. qui fundum, ff. quemadmodum servitutes amittantur*, quæ nempe prædiorum conditiones augent, vel minuunt, *l. de pupillo, §. & bellè, ff. de oper. novi nuntiat.* Sic & ceteræ qualitates prædiorum, bonitas, salubritas, amplitudo, jura dicuntur, *l. quid aliud, ff. de verb. sign.* Sunt autem servitutes res incorporales, & ideo, inquit *l. 14. ff. de servitutib.* vsucapi non possunt. Quam tamen rationem ad servitutes rusticas referendam esse censer, quasi vrbanæ non sint æquè incorporales. sed sibi non constat Iurisconsultus, in vera ratione reddenda prohibitæ vsucapionis servitutum. Certum enim est, & rusticas olim vsucapi potuisse; & hoc Aggenus Vrbicus disertis verbis confirmat, cùm ait, servitutem itineris biennio vsucapi, & Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 18. §. vlt.* omissam servitutem biennio intercidere, & biennio vsurpatam recipi. nam si biennio omissa rursus potest biennio recipi, ergo vsucapi potest; vsurpare enim illo loco Pauli, est vsu acquirere; & vsurpatum, vsu acquisitum, in *l. 40. §. 1. ff. ex quibus causis major.* Id autem videtur sumpsisse Paulus ex jure antiquo, quod obtinuit ante legem Scriboniam. Solet enim ex antiquo jure sententias receptas in lib. Sentent. passim reponere. Videtur ergo lex Scribonia primùm prohibuisse vsucapionem rusticarum; ini-

iniquum enim visum est brevissimo biennii tempore, absentibus plerumque dominis, qui rebus vrbanis addicti erant, per supinitatem villicorum, vel colonorum, deteriorem fieri conditionem prædiorum rusticorum. Sed deinde lex Scribonia tracta fuit ad vrbana prædia, in quibus tamen præsentia dominorum facilè potuit interrumpere vsucapionem; ideóque id non obtinuit sine controversia. Et hoc est quod Paulus ait in *d. l.* 14. idem observari in vrbanis servitutibus; quia receptum fuit moribus, legem Scriboniam ad vrbanas quoque pertinere: & Vlpianus in *l. si aliena*, §. 1. *ff. de vsurpat. & vsucap. Hoc jure vtimur, vt servitutes nusquam longo tempore capi possint.* Hoc est, nec in rusticis, nec in vrbanis prædiis. Et observa quod ait, *hoc jure vtimur*; hæc enim verba ostendunt hoc jus aliquando fuisse controversum. loquitur quidem *l.* 4. §. *vlt. ff. de vsurp. & vsucap.* de vrbanis servitutibus, sed non ideo sequitur legem Scriboniam primùm latam fuisse de vrbanis; potuit enim interpretatione trahi ad vrbanas: & ita lex Falcidia quæ primùm fuit de legatis, rectè tamen dicitur ad fideicommissa pertinere; quia à legatis tracta fuit ad fideicommissa Sublatâ ergo vsucapione omnium servitutum, remansit præscriptio longi temporis, *l. si quis diuturno*, *ff. si servitus vindic.* Et ita servitus hodie vsucapi non potest, sed præscribi: imò & vsucapi; quia quæ præscriptio olim fuit, hodie est Iustinianea vsucapio, *l. vnica*, *C. de vsucap. transform.*

De Servitutibus.

CAPVT III.

RVSTICORVM prædiorum jura sunt hæc, iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus[1] eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi, vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet. qui actum habet, & iter habet, eóque vti potest, etiam sine jumento. Via est jus eundi, & agendi, & ambulandi: nam & iter, & actum in se continet via. Aquæductus est jus[2] aquæ ducendæ per fundum alienum.

Ex Vlp. l. 1. Ex Paulo l. 7. Ex Modest. l. 12. ff. eod.

* SERVITVS merè realis de qua hîc agitur, est jus quoddam prædio inhærens, ipsius vtilitatem respiciens, & alterius libertatem seu jus diminuens; sive est juris qualitas, quæ prædium prædio obstringit. Dicitur autem juris qualitas, non prædii; quia prædii qualitas non tantùm prædium afficit, sed ei naturaliter hæret; vt bonitas, salubritas, amplitudo, *l.* 85. *quid aliud*, *ff. de verb. sign.* quæ ob id sine interrogatione in fine legenda est, ac si dixisset Celsus auctor hujus legis: aliquid aliud sunt jura prædiorum, quàm prædia qualiter se habentia; nam bonitas, salubritas, amplitudo, à jure distinguuntur; quòd jus possit imponi & tolli quoquo momento, ista non possint. Ideóque malè punctum interrogationis ponitur in fine illius legis. Realis autem servitus duplex est, vrbana & rustica; illa vrbano prædio debetur; hæc rustico: observamus enim in demonstranda servitute, non simpliciter ipsam servitutem, sed prædium cui debetur, cujúsque vtilitatem respicit, *l. pecoris*, *ff. de servitutib. rustic. præd.*

¹ ITER EST IVS] Qui iter habet, & eundi, & ambulandi jus habet: postremum respicit voluptatem potiùs, & sanitatem hominis, quàm vtilitatem prædii, vt eruditissimè D. Cujac. Et ideo, si fortè per se separatim constituatur, non erit servitus prædii, *l. vt pomum, ff. de servitutib.* Ambulare, id est spatiari; nam qui spatia facit, & in sua vestigia reflectit, ambulat, & vt glossarium vetus explicat rectè, *περιπατεῖ*: inde ambulationes, quæ & deambulationes, *l. 13. §. fructuarius, ff. de vsufruct.* & jus deambulandi in *l. 12. §. 1. ff. de vsu & habitat.* quod & tacitè in servitute itineris continetur. Receptum enim fuit, vt ei cui ire permittitur ad vtilitatem prædii, & ambulare permittatur. Sed quamvis sellâ gestatoriâ, & cum jumento vehi possit, *l. qui sella, l. inter, ff. de servitut. præd. rustic.* tamen non potest jumentum ducere vel agere; ire enim, vel commeare, & ambulare videtur, quamvis sellâ, aut jumento vehatur. Sed si jumentum agit, facit contra servitutem constitutam, vt loquitur *l. certo generi, ff. eod. tit. de servit. rustic. præd.* Agere enim licet ei qui actum habet. quid est actus? est jus agendi, addere licet & eundi; itinere enim vti potest, etiam sine jumento. Et hoc sensu rectè dicimus actum esse non posse sine itinere, *l. 1. ff. de adimend. legatis.* Inest enim actui iter; & qui jam actum stipulatus est, frustra iter stipulatur, *l. qui vsumfructum, ff. de verb. oblig.* Quod ita viri docti accipiendum esse censent, vt actui insit tacitè iter, & per consequentias; non nominatim & principaliter. quo sensu *l. 4. §. 1. ff. si servitus vindic.* ait actum esse sine itinere, id est non continere nominatim iter; cùmque qui actum habet, quamvis tacitè jus eundi habeat, non ita posse concipere actionem confessoriam, ire agere licere; sed simpliciter agere licere: vt contrà qui iter habet, tantùm ire licere. At qui viam habet, quæ principaliter, & nominatim iter, & actum in se continet, sic agere potest, ire agere, vt in *l. si eo loco, ff. eod. tit.* vbi abusivè via dicitur iter; quia est iter cum actu, vt in *l. 2. ff. quemadmod. servitut. amittantur.* Et valde notandum censeo, quod hoc loco, & in *l. 1. ff. de servit. rustic præd.* scriptum est, viam esse jus eundi, & agendi, & ambulandi; vt quod vltimo loco ait, *& ambulandi*, certissimam differentiam constituat inter actum, & viam. quamvis enim qui actum habet, habeat tacitè jus eundi, quod respicit nominatim vtilitatem prædii; non videtur tamen habere jus ambulandi, quod cùm pertineat ad voluptatem, & sanitatem hominis, ei tantùm concessum videtur, qui iter principaliter, & nominatim habet; non ei, qui per consequentias. Ideóque à glossa, & interpretibus dicitur habere, non servitutem itineris, sed commoditatem servitutis.

Objicies, cui licet quod est plus, ei debere licere quod est minus. Sed respondeo, deambulationes istas, & spatia quæ quis facit animi causâ in fundo alieno, graviores esse domino fundi servientis; & ideo hoc jus ambulandi non videtur esse concessum ei, cui tantùm permittitur agere jumentum, vel vehiculum; quamvis possit ire simpliciter sine jumento, & vlteriùs progredi. Eâdémque ratione dicimus, ei cui licet jumento vehi, non licere tamen jumentum manu, aut agere, aut ducere: quamvis parum, aut nihil intersit, an quis sedeat in equo; an equum manu ducat. Sed hæc fuit harum servitutum subtilis differentia à veteribus constituta. ceteras vide apud Cujac. *lib. 22. Obs. cap. 35.*

*¹ ITER EST IVS EVNDI] Qui habet servitutem itineris, non tantùm pedes ire, & deambulare potest, sed etiam eques, *l. inter actum, ff. de servitut. rustic. præd.* Imò & in sella gestatoria, vel lectica portari à servis, *l. qui sella, ff. eod. tit.* Imò & nave ferri, quo casu ad fundum nisi aquâ perveniri non potest, *l. via, §. 1. ff. eod.* Qui actum habet, non tantùm ire, sed etiam jumentum agere, & vehicu-

lum sive plaustrum ducere, *d. l. inter actum.* Denique qui viam habet, potest superiora omnia agere, & præterea ligna, vel lapides trahere, vel hastam rectam ferre: non quòd juris vialis pars sit rectam ferre hastam, id enim nullatenus spectat ad vtilitatem prædiorum; sed quòd erectione hastæ, velut mensurâ, latitudo designetur. Si quis enim plaustrorum onera exaggerata velit per viam transvehere, & vereatur ne exaggeratione oneris arbores finales lædantur, aut eorum fructus decutiantur, quod fieri prohibetur leg. XII. tab. *l. 1. l. cædere, ff. arbor. furtim cæsar.* potest vel ante, vel post plaustri evectionem hastam erigere, vt latitudo viæ discernatur. Cujacii tamen mens alia fuit, *lib. 22. Obs. cap. 35.* Voluit enim viæ finitionem & descriptionem arbitrariam esse; in tantum etiam, vt si quis justus metus existat ne finales arbores lædantur, (fortè viâ ex conventione angustiore factâ) ab hastæ rectæ gestamine, qui viam habet abstinere debeat, *d. l. qui sella. in fine.* Porro cùm viæ publicæ sint, & aliæ privatæ, quæ ad prædiorum privatorum vtilitatem spectant; privatarum dumtaxat servitus hîc constitui dicitur.

* 2 AQVÆDVCTVS EST IVS] Servitus aquæductus non aliter olim ipso jure constitui poterat, quàm si ex capite, vel fonte aqua duceretur, *l. 1. §. hac interdicta, ff. de aqua cottid. & æst.* Quia servitus naturâ suâ causam perpetuam habere debet, *l. foramen, ff. de servitut. urban. præd.* Caput aquæ est, vbi aqua oritur & emergit; si ex fonte, fons ipse; si ex flumine vel lacu, prima principia fossarum, quibus aquæ ex flumine, vel lacu in primum rivum compelli solent, *d. §. hac interdicta.* Hodie autem ex quocumque loco aqua ducatur, rectè & vtiliter servitus aquæ ducendæ constitui intelligitur, *l. servitus 9. ff. de servit. rustic. præd.* Ait, *ex quocumque loco*; id est ex rivo, vel ex castello, seu receptaculo aquarum ex fonte, aut flumine manantium, *d. l. 1. §. permittitur, ff. de aqua cottid. & æstiv.* Et verum est ex quocumque loco ducta sit, aquæductum rectè constitui; modò perpetuam causam aqua habeat, id est naturaliter fluat: quod enim naturaliter fit, videtur esse etiam perpetuum, tametsi non fiat assiduè, *d. l. foramen.* Quâ ratione aquæductus ex stagno constitui non potest; quòd sit aqua stativa, & collectitia, non naturalis, id est quòd sit mortua, non viva. Non item ex cisterna; quia aquam vivam cisterna numquam habet. Vide Cujac. *lib. 11. Obs. cap. 3.*

§. I. Prædiorum vrbanorum servitutes sunt, quæ ædificiis inhærent [3]: ideo vrbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia [4], vrbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item vrbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, vt vicinus onera vicini sustineat. vt in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: vt stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam; vel non recipiat [5]: & ne altiùs tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiat. *Ex Caio l. 2. ff. eod.*

3 ÆDIFICIIS INHÆRENT] Id est in superficie consistunt; rusticæ verò in solo, non in superficie. & hoc est quod ait *l. 3. ff. hoc tit.* Ideo dubitatur, an vineis acquiratur rectè servitus rustica; quia in superficie consistere videntur, & ad vtilitatem superficiei pertinere: servitutis enim rusticæ hæc natura est, vt pertineat ad solum ipsum, & constituatur, non ad putandam vineam, vel ad surculandam arborem, sed ad proscindendum solum, vt Apul. loquitur *lib. 1. Floridorum.* Sed tamen obtinuit & vineis rectè acquiri; hac ratione, quòd hæc servitus ad solum magis,

quàm ad superficiem pertineat : ideóque sublatis vineis , servitus inhærens solo ipso jure remanet. Et hæc est elegantiss. sententia *l. certo generi, ff. de servitutib. rustic. pred.*

* 4 QVONIAM ÆDIFICIA OMNIA] Solus Neratius, inter omnes Iurisconsultos, prædia distinguit loco, non genere, & vsu. Vrbanáque vocat omnia quæ in vrbe sunt; rustica quæ ruri, vt colligere est ex *l. 2. ff. de servit. rustic. pred.* vbi Prætoria, quæ sunt vrbana ædificia, inter rustica enumerat. & ex *l. eo jure, §. vlt. ff. in quibus caus. pignus vel hypoth.* vbi stabula meritoria rustica prædia esse vult, si ruri sunt. Sed explosâ Neratii sententiâ, receptum est regulariter prædia vrbana, & rustica non distingui loco, sed vsu & qualitate : omniáque vrbana esse, quæ habitandi causâ facta sunt; vbicumque sint, sive in vrbe, sive extra vrbem, in vicis, villísque, *l. vrbana 166. ff. de verb. sign.* Vide Cujac. in *priorib. notis ad hunc tit.*

5 VEL NON RECIPIAT] Iure servitutis impositæ, si vicino antè cesserit jus stillicidium avertendi, & deinde vicinus ei cesserit jus non avertendi, vel non recipiendi; sic enim fit, vt prædium dominans serviens fiat. quòd si numquam cesserit jus stillicidium avertendi; tum non jure servitutis impositæ, sed jure proprio naturalem libertatem defendit; quod ex Theophilo D. Cujac. docuit *in hoc §. & in §. æque, in fin., de actionib.*

§. II. In rusticorum prædiorum[6] servitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

6 INTER RVSTICORVM PRÆDIORVM] Videbantur hæ servitutes ad prædia propriè non pertinere, *l. 4 ff. de servitut rustic. pred.* Et ita veteres Grammatici, vt Servius docet, duos tantùm libros Virgilii dicebant Georgicos, & pertinere ad vtilitatem rusticam; tertium & quartum, in quibus tractatur de pecoribus, apibus, & cura hortorum, non admittebant : sed probat Iustinianus contrariam sententiam.

§. III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. nemo enim potest servitutem acquirere vrbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium[7], nec quisquam debere, nisi qui habet prædium. *Ex Vlp. l. 1. communia præd.*

7 NISI QVI HABET PRÆDIVM] Aliud dicendum est, si servitus prædialis contemplatione personæ relinquatur, *d. l. 4.* Hoc enim casu non inutiliter relinquitur ei, qui vicinum prædium non habet, vt sine vllo mendo scriptum est in *l. Mela 14. §. vlt. ff. de alim. & cibariis leg.* Nam Vlpianus ad objectionem, quam quis facere potuit ex regula juris hoc loco proposita, perspicuè respondet cessare regulam, cùm non prædii, sed personæ servitus est : vt in servitute gestandi, in tuo vvas premendi, vel area tua ad frumenta, & legumina exprimenda vtendi; quas omnes constat esse potiùs personales, quàm prædiales, *l. vt pomum, ff. de servitutib.* Et cùm certum sit haustum aquæ, vt pecoris ad aquam appulsum, aliquando esse servitutem personalem, *d. l. 4.* si hanc servitutem, inquit Vlp. dicimus ei inutiliter relinqui, qui vicinum prædium non habet, in eadem causa erunt omnes servitutes personales; vt puta servitus gestandi & ceteræ, quas tamen constat non inutiliter relinqui ei, qui vicinus non est. Ne igitur sequatur hoc absurdum, de-

finiendum est vtile esse fideicommissum aquæ; hæc enim aqua, vt rectè concludit Vlpianus, personæ relinquitur. Sunt enim verba *d.* §. ita legenda, & interpungenda. *Nam etsi haustus aquæ, vt pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt servitutes gestandi, & cetera*, sublatâ interpunctione illo loco, *in eadem causa*, quæ elegantissimum sensum turbat. Vtitur enim Vlpianus argumento ab absurdo, vt in *l. si vnus, ff. de servitutib. rustic. præd. Si omnes*, inquit, *domini stipulentur, vel servus communis plurium*, vtilis est stipulatio: ne & hîc absurdum sequatur, inutilem esse stipulationem, *si stipulator via plures heredes reliquerit.* Eâdem formâ Vlpianus, vtilis est hæc servitus personæ; ne ceteræ personales servitutes fiant inutiles relictæ personis, quæ vicina prædia non habent.

§. IV. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus, atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altiùs tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat: vel vt patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere: vel vt patiatur eum per fundum ire, agere, aquámve ex eo ducere.

De Vsufructu.



CAPVT IV.

VSVSFRVCTVS est jus[1] alienis rebus[2] vtendi fruendi[3], salvâ rerum substantiâ[4]. Est enim jus in corpore, quo sublato & idipsum tolli necesse est. *Ex Paulo l. 1. ff. eod.*

[1] VSVSFRVCTVS EST IVS] Ait vsumfructum esse jus vtendi fruendi; sic nempe constitutum, vt certæ personæ re aliena vti frui liceat, secundùm modum jure civili definitum. Vel vsusfructus est jus per quod res aliena ita personæ servit, vt ei liceat eâ re vti frui, *l. dominus, ff. hoc tit.* Dominus re suâ vtitur ex jure, vel ex causa proprietatis, *l. si cùm argentum. §. pen ff. de except. rei judic.* Creditor cui pignus datum est, habet quidem jus in aliena re jure constituti pignoris, sed pignore neque vti, neque frui potest. Vsuarius, id est qui nudum vsum habet sine fructu, vti potest, sed frui non potest; frui enim magis est quàm vti, vt D. Augustin. docet *lib. 2. de doctrina Christiana.* Qui vectigalem, seu emphyteuticarium fundum accepit, jus habet quod proprio nomine dicitur Emphyteuticum, *l. 3. §. si jus, ff. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt*, & in *tit. C. de jure emphyt.* Non vt glossa voluit hoc loco, vtile dominium, quod nullum est, vt D. Cujac. vindicavit: & elegauter in *l. si domus 71. §. pen. ff. de leg. 1* dicitur habere aliquod jus. Idémque de superficiario dici potest, qui in *d. l. 3. §. si jus*. dicitur habere jus Embateuticum, vt tandem Cujac. agnovit. Et ita in *l. 1. §. quia autem, ff. de superficieb.* Iurisconsultus ait hoc jus quasi vsumfructum, vel vsum quemdam esse: vt rectè nobis liceat dicere exemplo superficiarii, emphyteuticarium non vsumfructum, sed quasi vsumfructum, vel quemdam vsumfructum habere; vel potiùs jus quoddam, quod proximè accedit ad dominium, & est quasi dominium. Regulariter non est

quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria[59] & tributaria prædia, quæ in provinciis sunt: inter quæ necnon & Italica prædia, ex nostra constitutione nulla est differentia. sed siquidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

[58] PER TRADITIONEM] Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit.* 19. Mancipatio verò propria alienatio rerum mancipi, jure civili introducta; & tantum locum habuit inter cives Rom. Latinos colonarios, Latinósque Iunianos, & peregrinos, quibus jus commercii datum erat. Ideóque prædia provincialia, stipendiaria, & tributaria, de quibus in hoc §. Iustinianus, per mancipationem alienari non poterant; quia mancipatio dabat dominium ex jure Quiritium, quod provinciales non habebant; & erant res nec mancipi, quæ traditione alienabantur. Ne dicas tamen cum quibusdam, generaliter rem mancipi non potuisse alienari mancipatione; vel contrà, rem mancipi traditione. nam quamvis traditio propria sit alienatio rei nec mancipi, & mancipatio propria alienatio rei mancipi: tamen & in Italia, & ab iis qui jus commercii habebant, res mobilis nec mancipi, mancipatione potuit alienari; & contrà res mancipi, non solùm mancipatione, sed etiam traditione, Vlpianus *lib. Reg. tit.* 1. §. *in bonis*. Paul. *lib.* 1. *Sent. tit.* 13. *Venditor cogi potest, vt rem tradat, vel mancipet*. sed sublatâ hac differentiâ rerum, & dominii bonitarii, & quiritarii, *l. vnic. C. de vsucap. transform.* (vt diligentiùs dicam ad *tit. de vsucap.*) remanet hic naturalis modus transferendi dominii; *Nihil enim est tam conveniens naturali æquitati, &c.* Præcedente tamen justâ causâ, *l. numquam, ff. de acquir. rer. dom.* Vnde meritò à doctoribus quæsitum est, quid sit dicendum in emptione quæ scripturâ perficitur, si fortè res tradita sit à venditore ante scripturam confectam. Quod vulgò tractatur in *l. contractus, C. de fid. instrum.* & quæritur, an transferatur dominium; videtur enim traditio subsecuta ex causa non perfecta. Sed rectissimè, meo quidem judicio, Bartolus ait, hoc casu transire dominium; quia quod Iustinianus constituit, emptionem non esse perfectam, locum tantùm habet re non traditâ; vt sit pœnitentiæ locus, & ne vlla traditionis necessitas venditori injiciatur. At qui rem tradidit, discedere videtur à prima conventione scripturæ; & ex emptione, quæ regulariter perficitur consensu, rem tradere.

* [58] PER TRADITIONEM] Traditio est naturalis acquirendi modus: definitur autem à Theophilo, de manu in manum translatio, naturalem quemdam, minimæque solemnitatis actum, & qui facilè absolvi possit, continens. Ait, *de manu in manum translatio*; quia traditio primùm locum habuit in rebus mobilibus, quæ manu tractantur; & in quibus contractus, qui jure gentium introducti sunt, cœpisse videntur, itémque omnia rerum commercia. Cùm enim ab initio nulli agris constituti essent termini, omnísque terra vno spiritu communis esset omnibus hominibus, *l.* 5. *ff. de justit. & jure.* Res mobiles, quòd expeditiori modo acquirerentur, & discernerentur, occupatione, vel traditione fiebant singulorum; quod & postea ad res immobiles extensum est. quæ tametsi propter magnitudinem moveri non possint, & transferri; pro traditis tamen habentur, si in re præsenti

consensus intervenerit, & vacua possessio relicta sit, *l. pen. §. fin. ff. de acquir. poss.* Postrema hujus definitionis verba traditionem à mancipatione distingunt. Erat enim traditio olim propriè alienatio rerum nec mancipi; mancipatio autem alienatio rerum mancipi, apud Vlpianum *in Fragm. tit.* 19. Adeò vt olim duplex venditio, traditióque duplex fuerit: vna civilis & formularia ex lege XII. tab. quæ fiebat per solemnem mancipationem: altera naturalis ex jure gentium sine ordine & formula, quæ fiebat per traditionem.

* 59 VOCANTVR AVTEM STIPENDIARIA] Horum prædiorum situm ostendit hîc quidem Iustinianus, sed non explicat conditionem, & causam appellationis eorum. Videntur autem ea fuisse, quæ ab hostibus capta populus Rom. vel Princeps, iisdem devictis hostibus, quorumdam dignitate, gratiâ, aut amicitiâ motus restituebat, inquit Siculus Flaccus: cum impositione tamen oneris, vel certæ partis fructuum, vel certæ pecuniæ, sibi tamquam directo domino solvendæ. Directum enim dominium illorum prædiorum retinebat populus Rom. Vsum autem, seu possessionem relinquebat devictis hostibus, impositis tributis, & stipendiis. Hujusmodi stipendiaria, & tributaria prædia in provinciis fuisse, ait hîc Iustinianus; ad differentiam prædiorum Italici soli, quæ vt jure semper optimo donata sunt; ita & immunia, ac libera à tributis, & stipendiis erant. quò fiebat, vt ipsa alienari mancipatione possent, id est modo alienandi proprio civium Romanorum: provincialia autem nonnisi traditione solâ naturali possent; eo nimirum modo, qui semper ab initio fuerat observatus inter omnes gentes. Tandem autem sublatis à Iustiniano in *l. vnica, Cod. de vsucapione transformanda*, mancipatione; & differentia rerum mancipi, & nec mancipi; dominii quiritarii & bonitarii, vt infrà latiùs dicam *tit. de vsucapion.* eadem cœpit esse ratio prædiorum provincialium, & Italicorum; idémque modus transferendi illorum dominii, nimirum traditio. Præcedente tamen justâ aliquâ causâ, puta, donationis, dotis, aut quâlibet aliâ. Numquam enim nuda traditio transfert dominium; sed ita, si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *l. numquam, ff. de acquir. rer. dom.*

§. XLI. Venditæ verò res, & traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

§. XLII. Nihil autem interest vtrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. *Ex d. l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XLIII. Quâ ratione si cui libera [60] vniversorum negotiorum administratio à domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis. *Ex d. l. 9.*

* * 60 SI CVI LIBERA]. Rectè, *si cui libera*; multum enim refert, an generale mandatum habeat quis, id est totorum bonorum procurator constitutus sit: an præter generale mandatum, libera administratio vniversorum negotiorum ei concessa sit. Si primum; ea tantùm facere potest, quæ vtilitatem negotiorum respiciunt, id est, ex quibus conditio domini melior fieri potest, & non deterior: & ideo, qui sic constitutus est procurator, rem domini nec donare, nec alienare potest,

l. procurator totorum, ff. de procuratoribus. Quia in hoc constitutus tantùm videtur, vt vtiliter tantùm administret. Si secundum; potest procurator omnia facere, sive conditio domini melior fiat, sive deterior: sicque alienare, & permutare, & donare potest, *l. procurator cui generaliter, ff. de procuratorib.* Quia clausula illa, *cui libera*, plenam & absolutam dat ei potestatem versandi in negotiis domini, modò doli, & culpæ argui non possit.

§. XLIV. Interdum etiam sine traditione, nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit: eo tamen ipso, quòd patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset. *Ex d. l. 9. de acquir. rer. dom.*

§. XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem. *Ex d. l. 9.*

§. XLVI. Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: vt ecce Prætores, & Consules, qui missilia jactant[61] in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus: & tamen quia volunt quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt. *Ex d. l. pe.*

[61] QVI MISSILIA IACTANT] Ad hæc missilia alludere videtur Tertull. in eruditissimo *lib. de Pallio, Aut imbres ruunt, aut si qua missilia cum imbribus.* Ceterum locus Musæ Rhetoris, quem *in posterioribus notis* ex Seneca vir magnus refert, parum pertinet ad hanc missilium jactationem; cùm potiùs pertineat ad sparsiones croci in theatris frequentissimas. Glossarium vetus, *Sparsio*, κρόκος ὁ ῥαινόμενος ἐν θεάτροις. hanc sparsionem intelligit Martialis, cùm ait pulpita permaduisse croco; *epigr. 26. lib. 5.* & in *lib. Spectaculorum, epig. 3.*

Et Cilices nimbis hic maduere suis.

Quamvis ergo missilium sparsio imber dicatur à Statio *sylva vlt. lib. 1.* & ab eodem Martiale nimbus, *epig. 78. lib. 8.*

Nunc veniunt subitis lasciva numismata nimbis.

Separandus est tamen croceus imber, ab imbre missilium, vel numismatum; hic enim jactatur, vt à populo colligatur, vt eleganter Martial. ait,

Vt in populum multa rapina cadat.

Ille verò, vt in theatris suavissimum odorem præstet: & ideo à Musa dicitur *odoratus imber*, & ab Apuleio *Milesia 10. imber odorus.*

§. XLVII. Quâ ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus eâ mente abjecerit, vt id rerum suarum esse nolit; ideóque statim dominus esse desinit.

§. XLVIII. Alia causa est earum rerum, quæ in tempe- *Ex d. l. 9. de.*

state maris, levandæ navis causâ, ejiciuntur. hæ enim dominorum permanent [62], quia palàm est eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè discedere videntur ab his, quæ de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt. *acquir. rer. dom.*

[62] HÆC ENIM DOMINORVM PERMANENT] *L. qui levandæ, ff. de leg. Rhod. de jactu, l. quæcumque, ff. de acquir. rer. dom. l. pen. ff. pro derelicto.* Idem dicendum de rebus naufragio amissis, quas aliquando fiscus sibi vindicabat, juxta illud Poëtæ,

Res fisci est, vbicumque natat.

Quo jure vti volebant publicani Cycladarum insularum in *elegantiss. l. deprecatio, ff. de l. Rhod. de jactu.* Quod Imper. Antoninus non probavit, vt colligere licet ex *l. vlt. ff. de incendio, ruina, & naufragio*, & *l. 1. C. de naufragiis.* Hoc jure aliquando vtebatur Comes Britanniæ Aremoricæ; quo tamen se abdicare coactus fuit in Concilio Nannetensi, vt notat Ildebertus Cenomanensis *epist. 65.* Idémque sibi contra naturalem æquitatem vindicare Regem Hispaniæ, docet glossa in *can. dispensationes, 1. q. 7.* In Aquitania tamen etiam hodie retinet hoc jus Capitalis Busiorum, vt Paulus Æmilius loquitur, vulgò, *le Captan de Buch.* Extat quoque hujus rei vestigium in Consuetudinibus Normaniæ, *au titre de Varech.*

De rebus incorporalibus.

CAPVT II.

QVÆDAM præterea res corporales sunt, quædam incorporales. *Hic totus titulus descriptus est ex l. 1. de rer. divis.*

§. I. Corporales hæ sunt, quæ sui naturâ tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles.

§. II. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt [1]: sicut hereditas, vsusfructus, vsus, obligationes quoquo modo contractæ [2]. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur. nam & fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, & id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. nam ipsum jus vtendi fruendi, & ipsum ius obligationis, incorporale est.

* RES incorporales à Iurisconsultis dicuntur jura; quia cùm per se consistere nequeant, juris auctoritate constituuntur, & intelliguntur. Cujusmodi est here-

ditas, vsusfructus, obligatio, servitutes prædiorum: & generaliter quæcumque sine vllo corpore juris intellectum habent, vt de ipsa hereditate dicitur in *l. hereditas, ff. de petit. heredit.* De vsufructu in *l. Mævius 66. §. pen. ff. de leg. 2.* & de aliis id genus rebus incorporalibus.

[1] QVÆ IN IVRE CONSISTVNT] Sic vsusfructus in jure consistere dicitur, *l. Mævius, §. pen. ff. de leg. 2.* Iura opponuntur corporibus, *l. 3. §. 1. ff. de bon. possess.* & corporis dominus non est, qui jus habet, vt puta servitutem, *l. 13. §. 1. ff. de damno infecto.* Corpora sensu, jura intellectu percipiuntur, Papin. in *l. hereditas, ff. de petit. heredit. Hereditas etiam sine vllo corpore, juris intellectum habet.* Et ideo Metianus dicebat, quantitatem ex hereditate, quam jus esse constat, detrahi non posse, *l. cogi, §. inde quæritur, ff. ad Trebellian.* Eâdémque ratione Paulus, hereditatem pro parte divisa non posse possideri, *l. 8. in fine, ff. de rei vindic.* Imò, communio juris separatim intelligi non potest, vt eleganter Pompon. ait, in *l. arbor, §. si per eumdem, ff. communi divid.* Est enim jus in solidum penes quemlibet ex multis sociis. Quæ ratio efficit, vt in specie *d. §. si per eumdem*, detur negotiorum gestorum actio; quod & Papin. probat *l. liberto §. vlt. ff. de negotiis gest.* Quamvis actio communi dividundo primâ fronte competere videatur, juxta regulam ab eod. Papin. traditam in *l. 6. §. ceterum, ff. communi divid.*

[2] OBLIGATIONES QVOQVO MODO CONTRACTÆ] Quæ ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris; id est, quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio, *l. 1. ff. de oblig. & act.* Obligationes ergo, quibus quis obligari potest, secundùm varia nostræ civitatis jura, vt est in definitione obligationis; vel secundùm jus civile, vel secundùm jus honorarium, vel secundùm jus extraordinarium, *l. creditores, ff. de verb. signif.* Obligationes naturales, quæ actionem non pariunt, impropriè dicuntur jura; & ita Iurisconsultus in *l. quamvis, ff. ad Trebell.* actiones civiles, & prætorias, & causas naturalium obligationum, ait transferre heredem in fideicommissarium.

§. III. Eodem numero sunt jura prædiorum vrbanorum & rusticorum[3], quæ etiam servitutes vocantur.

[3] IVRA PRÆDIORVM VRBANORVM ET RVSTICORVM] Servitutes sunt prædiorum qualitates, *l. qui fundum, ff. quemadmodum servitutes amittantur*, quæ nempe prædiorum conditiones augent, vel minuunt, *l. de pupillo, §. & bellè, ff. de oper. novi nuntiat.* Sic & ceteræ qualitates prædiorum, bonitas, salubritas, amplitudo, jura dicuntur, *l. quid aliud, ff. de verb. sign.* Sunt autem servitutes res incorporales, & ideo, inquit *l. 14. ff. de servitutib.* vsucapi non possunt. Quam tamen rationem ad servitutes rusticas referendam esse censet, quasi vrbanæ non sint æquè incorporales. sed sibi non constat Iurisconsultus, in vera ratione reddenda prohibitæ vsucapionis servitutum. Certum enim est, & rusticas olim vsucapi potuisse; & hoc Aggenus Vrbicus disertis verbis confirmat, cùm ait, servitutem itineris biennio vsucapi, & Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 18. §. vlt.* omissam servitutem biennio intercidere, & biennio vsurpatam recipi. nam si biennio omissa rursus potest biennio recipi, ergo vsucapi potest; vsurpare enim illo loco Pauli, est vsu acquirere; & vsurpatum, vsu acquisitum, in *l. 40. §. 1. ff. ex quibus causis major.* Id autem videtur sumpsisse Paulus ex jure antiquo, quod obtinuit ante legem Scriboniam. Solet enim ex antiquo jure sententias receptas in lib. Sentent. passim reponere. Videtur ergo lex Scribonia primùm prohibuisse vsucapionem rusticarum ini-

iniquum enim visum est brevissimo biennii tempore, absentibus plerumque dominis, qui rebus vrbanis addicti erant, per supinitatem villicorum, vel colonorum, deteriorem fieri conditionem prædiorum rusticorum. Sed deinde lex Scribonia tracta fuit ad vrbana prædia, in quibus tamen præsentia dominorum facilè potuit interrumpere vsucapionem; ideòque id non obtinuit sine controversia. Et hoc est quod Paulus ait in *d. l.* 14. idem observari in vrbanis servitutibus; quia receptum fuit moribus, legem Scriboniam ad vrbanas quoque pertinere: & Vlpianus in *l. si aliena*, §. 1. *ff. de vsurpat. & vsucap. Hoc jure vtimur, vt servitutes nusquam longo tempore capi possint.* Hoc est, nec in rusticis, nec in vrbanis prædiis. Et observa quod ait, *hoc jure vtimur*; hæc enim verba ostendunt hoc jus aliquando fuisse controversum. loquitur quidem *l.* 4. §. *vlt. ff. de vsurp. & vsucap.* de vrbanis servitutibus, sed non ideo sequitur legem Scriboniam primùm latam fuisse de vrbanis; potuit enim interpretatione trahi ad vrbanas: & ita lex Falcidia quæ primùm fuit de legatis, rectè tamen dicitur ad fideicommissa pertinere; quia à legatis tracta fuit ad fideicommissa. Sublatâ ergo vsucapione omnium servitutum, remansit præscriptio longi temporis, *l. si quis diuturno*, *ff. si servitus vindic.* Et ita servitus hodie vsucapi non potest, sed præscribi: imò & vsucapi; quia quæ præscriptio olim fuit, hodie est Iustinianea vsucapio, *l. vnica*, *C. de vsucap. transform.*

De Servitutibus.

CAPVT III.

RVSTICORVM prædiorum jura sunt hæc, iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus[1] eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi, vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet. qui actum habet, & iter habet, eóque vti potest, etiam sine jumento. Via est jus eundi, & agendi, & ambulandi: nam & iter, & actum in se continet via. Aquæductus est jus[2] aquæ ducendæ per fundum alienum.

Ex Vlp. l. 1. *Ex Paulo l.* 7. *Ex Modest. l.* 12. *ff. eod.*

* SERVITVS merè realis de qua hîc agitur, est jus quoddam prædio inhærens, ipsius vtilitatem respiciens, & alterius libertatem seu jus diminuens; sive est juris qualitas, quæ prædium prædio obstringit. Dicitur autem juris qualitas, non prædii; quia prædii qualitas non tantùm prædium afficit, sed ei naturaliter hæret; vt bonitas, salubritas, amplitudo, *l.* 85. *quid aliud*, *ff. de verb. sign.* quæ ob id sine interrogatione in fine legenda est, ac si dixisset Celsus auctor hujus legis: aliquid aliud sunt jura prædiorum, quàm prædia qualiter se habentia; nam bonitas, salubritas, amplitudo, à jure distinguuntur; quòd jus possit imponi & tolli quoquo momento, ista non possint. Ideòque malè punctum interrogationis ponitur in fine illius legis. Realis autem servitus duplex est, vrbana & rustica; illa vrbano prædio debetur; hæc rustico: observamus enim in demonstranda servitute, non simpliciter ipsam servitutem, sed prædium cui debetur, cujúsque vtilitatem respicit, *l. pecoris*, *ff. de servitutib. rustic. præd.*

[1] ITER EST IVS] Qui iter habet, & eundi, & ambulandi jus habet: postremum respicit voluptatem potiùs, & sanitatem hominis, quàm vtilitatem prædii, vt eruditissimè D. Cujac. Et ideo, si fortè per se separatim constituatur, non erit servitus prædii, *l. vt pomum, ff. de servitutib.* Ambulare, id est spatiari; nam qui spatia facit, & in sua vestigia reflectit, ambulat, & vt glossarium vetus explicat rectè, περιπατεῖ: inde ambulationes, quæ & deambulationes, *l. 13. §. fructuarius, ff. de vsufruct.* & jus deambulandi in *l. 12. §. 1. ff. de vsu & habitat.* quod & tacitè in servitute itineris continetur. Receptum enim fuit, vt ei cui ire permittitur ad vtilitatem prædii, & ambulare permittatur. Sed quamvis sellâ gestatoriâ, & cum jumento vehi possit, *l. qui sella, l. inter, ff. de servitut. prad. rustic.* tamen non potest jumentum ducere vel agere; ire enim, vel commeare, & ambulare videtur, quamvis sellâ, aut jumento vehatur. Sed si jumentum agit, facit contra servitutem constitutam, vt loquitur *l. certo generi, ff. eod. tit. de servit. rustic. prad.* Agere enim licet ei qui actum habet. quid est actus? est jus agendi, addere licet & eundi; itinere enim vti potest, etiam sine jumento. Et hoc sensu rectè dicimus actum esse non posse sine itinere, *l. 1. ff. de adimend. legatis.* Inest enim actui iter; & qui jam actum stipulatus est, frustra iter stipulatur, *l. qui vsumfructum, ff. de verb. oblig.* Quod ita viri docti accipiendum esse censent, vt actui insit tacitè iter, & per consequentias; non nominatim & principaliter. quo sensu *l. 4. §. 1. ff. si servitus vindic.* ait actum esse sine itinere, id est non continere nominatim iter; cúmque qui actum habet, quamvis tacitè jus eundi habeat, non ita posse concipere actionem confessoriam, ire agere licere; sed simpliciter agere licere: vt contrà qui iter habet, tantùm ire licere. At qui viam habet, quæ principaliter, & nominatim iter, & actum in se continet, sic agere potest, ire agere, vt in *l. si eo loco, ff. eod. tit.* vbi abusivè via dicitur iter; quia est iter cum actu, vt in *l. 2. ff. quemadmod. servitut. amittantur.* Et valde notandum censeo, quod hoc loco, & in *l. 1. ff. de servit. rustic. prad.* scriptum est, viam esse jus eundi, & agendi, & ambulandi; vt quod vltimo loco ait, *& ambulandi*, certissimam differentiam constituat inter actum, & viam. quamvis enim qui actum habet, habeat tacitè jus eundi, quod respicit nominatim vtilitatem prædii; non videtur tamen habere jus ambulandi, quod cùm pertineat ad voluptatem, & sanitatem hominis, ei tantùm concessum videtur, qui iter principaliter, & nominatim habet; non ei, qui per consequentias. Ideóque à glossa, & interpretibus dicitur habere, non servitutem itineris, sed commoditatem servitutis.

Objicies, cui licet quod est plus, ei debere licere quod est minus. Sed respondeo, deambulationes istas, & spatia quæ quis facit animi causâ in fundo alieno, graviores esse domino fundi servientis; & ideo hoc jus ambulandi non videtur esse concessum ei, cui tantùm permittitur agere jumentum, vel vehiculum; quamvis possit ire simpliciter sine jumento, & vlteriùs progredi. Eâdémque ratione dicimus, ei cui licet jumento vehi, non licere tamen jumentum manu, aut agere, aut ducere: quamvis parum, aut nihil intersit, an quis sedeat in equo; an equum manu ducat. Sed hæc fuit harum servitutum subtilis differentia à veteribus constituta. ceteras vide apud Cujac. *lib. 22. Obs. cap. 35.*

*[1] ITER EST IVS EVNDI] Qui habet servitutem itineris, non tantùm pedes ire, & deambulare potest, sed etiam eques, *l. inter actum, ff. de servitut. rustic. prad.* Imò & in sella gestatoria, vel lectica portari à servis, *l. qui sella, ff. eod. tit.* Imò & nave ferri, quo casu ad fundum nisi aquâ perveniri non potest, *l. via, §. 1. ff. eod.* Qui actum habet, non tantùm ire, sed etiam jumentum agere, & vehicu-

lum sive plaustrum ducere, *d. l. inter actum.* Denique qui viam habet, potest superiora omnia agere, & præterea ligna, vel lapides trahere, vel hastam rectam ferre: non quòd juris vialis pars sit rectam ferre hastam, id enim nullatenus spectat ad vtilitatem prædiorum; sed quòd erectione hastæ, velut mensurâ, latitudo designetur. Si quis enim plaustrorum onera exaggerata velit per viam transvehere, & vereatur ne exaggeratione oneris arbores finales lædantur, aut eorum fructus decutiantur, quod fieri prohibetur leg. XII. tab. *l. 1. l. cadere, ff. arbor. furtim cæsar.* potest vel ante, vel post plaustri evectionem hastam erigere, vt latitudo viæ discernatur. Cujacii tamen mens alia fuit, *lib. 22. Obs. cap. 35.* Voluit enim viæ finitionem & descriptionem arbitrariam esse; in tantum etiam, vt si quis justus metus existat ne finales arbores lædantur, (fortè viâ ex conventione angustiore factâ) ab hastæ rectæ gestamine, qui viam habet abstinere debeat, *d. l. qui sella. in fine.* Porro cùm viæ publicæ sint, & aliæ privatæ, quæ ad prædiorum privatorum vtilitatem spectant; privatarum dumtaxat servitus hîc constitui dicitur.

* 2 AQVÆDVCTVS EST IVS] Servitus aquæductus non aliter olim ipso jure constitui poterat, quàm si ex capite, vel fonte aqua duceretur, *l. 1. §. hac interdicta, ff. de aqua cottid. & æst.* Quia servitus naturâ suâ causam perpetuam habere debet, *l. foramen, ff. de servitut. vrban. præd.* Caput aquæ est, vbi aqua oritur & emergit; si ex fonte, fons ipse; si ex flumine vel lacu, prima principia fossarum, quibus aquæ ex flumine, vel lacu in primum rivum compelli solent, *d. §. hac interdicta.* Hodie autem ex quocumque loco aqua ducatur, rectè & vtiliter servitus aquæ ducendæ constitui intelligitur, *l. servitus 9. ff. de servit. rustic. præd.* Ait, *ex quocumque loco*; id est ex rivo, vel ex castello, seu receptaculo aquarum ex fonte, aut flumine manantium, *d. l. 1. §. permittitur, ff. de aqua cottid. & æstiv.* Et verum est ex quocumque loco ducta sit, aquæductum rectè constitui; modò perpetuam causam aqua habeat, id est naturaliter fluat: quod enim naturaliter fit, videtur esse etiam perpetuum, tametsi non fiat assiduè, *d. l. foramen.* Quâ ratione aquæductus ex stagno constitui non potest; quòd sit aqua stativa, & collectitia, non naturalis, id est quòd sit mortua, non viva. Non item ex cisterna; quia aquam vivam cisterna numquam habet. Vide Cujac. *lib. 11. Obs. cap. 3.*

§. I. Prædiorum vrbanorum servitutes sunt, quæ ædificiis inhærent [3]: ideo vrbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia [4], vrbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item vrbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, vt vicinus onera vicini sustineat. vt in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: vt stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam; vel non recipiat [5]: & ne altiùs tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiat. *Ex Caio l. 2. ff. eod.*

3 ÆDIFICIIS INHÆRENT] Id est in superficie consistunt; rusticæ verò in solo, non in superficie. & hoc est quod ait *l. 3. ff. hoc tit.* Ideo dubitatur, an vineis acquiratur rectè servitus rustica; quia in superficie consistere videntur, & ad vtilitatem superficiei pertinere: servitutis enim rusticæ hæc natura est, vt pertineat ad solum ipsum, & constituatur, non ad putandam vineam, vel ad surculandam arborem, sed ad proscindendum solum, vt Apul. loquitur *lib. 1. Floridorum.* Sed tamen obtinuit & vineis rectè acquiri; hac ratione, quòd hæc servitus ad solum magis,

quàm ad superficiem pertineat: ideóque sublatis vineis, servitus inhærens solo ipso jure remanet. Et hæc est elegantiss. sententia *l. certo generi, ff. de servitutib. rustic. præd.*

* 4 QVONIAM ÆDIFICIA OMNIA] Solus Neratius, inter omnes Iurisconsultos, prædia distinguit loco, non genere, & vsu. Vrbanáque vocat omnia quæ in vrbe sunt; rustica quæ ruri, vt colligere est ex *l. 2. ff. de servit. rustic. præd.* vbi Prætoria, quæ sunt vrbana ædificia, inter rustica enumerat. & ex *l. eo jure, §. vlt. ff. in quibus caus. pignus vel hypoth.* vbi stabula meritoria rustica prædia esse vult, si ruri sunt. Sed explosâ Neratii sententiâ, receptum est regulariter prædia vrbana, & rustica non distingui loco, sed vsu & qualitate: omniáque vrbana esse, quæ habitandi causâ facta sunt; vbicumque sint, sive in vrbe, sive extra vrbem, in vicis, villisque, *l. vrbana 166. ff. de verb. sign.* Vide Cujac. in *priorib. notis ad hunc tit.*

5 VEL NON RECIPIAT] Iure servitutis impositæ, si vicino antè cesserit jus stillicidium avertendi, & deinde vicinus ei cesserit jus non avertendi, vel non recipiendi; sic enim fit, vt prædium dominans serviens fiat. quòd si numquam cesserit jus stillicidium avertendi; tum non jure servitutis impositæ, sed jure proprio naturalem libertatem defendit; quod ex Theophilo D. Cujac. docuit *in hoc §. & in §. æque, inf. à, de actionib.*

§. II. In rusticorum prædiorum[6] servitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

6 INTER RVSTICORVM PRÆDIORVM] Videbantur hæ servitutes ad prædia propriè non pertinere, *l. 4 ff. de servitut rustic. præd.* Et ita veteres Grammatici, vt Servius docet, duos tantùm libros Virgilii dicebant Georgicos, & pertinere ad vtilitatem rusticam; tertium & quartum, in quibus tractatur de pecoribus, apibus, & cura hortorum, non admittebant: sed probat Iustinianus contrariam sententiam.

§. III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. nemo enim potest servitutem acquirere vrbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium[7], nec quisquam debere, nisi qui habet prædium. *Ex Vlp. l. 1. communia præd.*

7 NISI QVI HABET PRÆDIVM] Aliud dicendum est, si servitus prædialis contemplatione personæ relinquatur, *d. l.* 4. Hoc enim casu non inutiliter relinquitur ei, qui vicinum prædium non habet, vt sine vllo mendo scriptum est in *l. Mela* 14. §. *vlt. ff. de alim. & cibariis leg.* Nam Vlpianus ad objectionem, quam quis facere potuit ex regula juris hoc loco proposita, perspicuè respondet cessare regulam, cùm non prædii, sed personæ servitus est: vt in servitute gestandi, in tuo vvas premendi, vel area tua ad frumenta, & legumina exprimenda vtendi; quas omnes constat esse potiùs personales, quàm prædiales, *l. vt pomum, ff. de servitutib.* Et cùm certum sit haustum aquæ, vt pecoris ad aquam appulsum, aliquando esse servitutem personalem, *d. l.* 4. si hanc servitutem, inquit Vlp dicimus ei inutiliter relinqui, qui vicinum prædium non habet, in eadem causa erunt omnes servitutes personales; vt puta servitus gestandi & ceteræ, quas tamen constat non inutiliter relinqui ei, qui vicinus non est. Ne igitur sequatur hoc absurdum, de-

finiendum est vtile esse fideicommissum aquæ; hæc enim aqua, vt rectè concludit Vlpianus, personæ relinquitur. Sunt enim verba *d.* §. ita legenda, & interpungenda. *Nam etsi haustus aquæ, vt pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt servitutes gestandi, & cetera*, sublatâ interpunctione illo loco, *in eadem causa*, quæ elegantissimum sensum turbat. Vtitur enim Vlpianus argumento ab absurdo, vt in *l. si vnus, ff. de servitutib. rustic. præd. Si omnes*, inquit, *domini stipulentur, vel servus communis plurium*, vtilis est stipulatio: ne & hîc absurdum sequatur, inutilem esse stipulationem, *si stipulator via plures heredes reliquerit.* Eâdem formâ Vlpianus, vtilis est hæc servitus personæ, ne ceteræ personales servitutes fiant inutiles relictæ personis, quæ vicina prædia non habent.

§. IV. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus, atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altiùs tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat: vel vt patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere: vel vt patiatur eum per fundum ire, agere, aquámve ex eo ducere.

De Vsufructu.

CAPVT IV.

VSVSFRVCTVS est jus[1] alienis rebus[2] vtendi fruendi[3], salvâ rerum substantiâ. Est enim jus in corpore. quo sublato & idipsum tolli necesse est. *Ex Paulo l. 1. ff. eod.*

[1] VSVSFRVCTVS EST IVS] Ait vsumfructum esse jus vtendi fruendi; sic nempe constitutum, vt certæ personæ re aliena vti frui liceat, secundùm modum jure civili definitum. Vel vsusfructus est jus per quod res aliena ita personæ servit, vt ei liceat eâ re vti frui, *l. dominus, ff. hoc tit.* Dominus re suâ vtitur ex jure, vel ex causa proprietatis, *l. si cùm argentum, §. pen ff. de except. rei judic.* Creditor cui pignus datum est, habet quidem jus in aliena re jure constituti pignoris, sed pignore neque vti, neque frui potest. Vsuarius, id est qui nudum vsum habet sine fructu, vti potest, sed frui non potest; frui enim magis est quàm vti, vt D. Augustin. docet *lib. 2. de doctrina Christiana.* Qui vectigalem, seu emphyteuticarium fundum accepit, jus habet quod proprio nomine dicitur Emphyteuticum, *l. 3. §. si jus, ff. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt*, & in *tit. C. d. jure emphyt.* Non vt glossa voluit hoc loco, vtile dominium, quod nullum est, vt D. Cujac. vindicavit: & eleganter in *l si domus 71. §. pen. ff. de leg.* 1 dicitur habere aliquod jus. Idémque de superficiario dici potest, qui in *d. l. 3. §. si jus*, dicitur habere jus Embateuticum, vt tandem Cujac. agnovit. Et ita in *l. 1. § quia autem, ff. de superficieb.* Iurisconsultus ait hoc jus quasi vsumfructum, vel vsum quemdam esse: vt rectè nobis liceat dicere exemplo superficiarii, emphyteuticarium non vsumfructum, sed quasi vsumfructum, vel quemdam vsumfructum habere; vel potiùs jus quoddam, quod proximè accedit ad dominium, & est quasi dominium. Regulariter non est

fructus sine vsu; sed tamen interdum accidit, vt sit sine vsu, in *l. per servum*, §. *vlt. ff. de vsu & habit.* Vide Cujac. *lib.* 8. *Obs. cap.* 9. *in fine*, & *lib.* 13. *cap.* 12.

* 1 VSVSFRVCTVS EST IVS] Dicitur jus, quia est servitus, seu res incorporalis; quamvis enim in fruendo, ac consequenter in facto, quod quandoque juri opponitur, consistat, & fructus contineat, qui corporales sunt: non tamen ex eo rectè conficitur vsumfructum non esse jus, nec servitutem, nec rem incorporalem; quia, vt Theophilus ait, vsusfructus est jus incorporale, quod prædicatur de re corporali; diversique generis esse possunt quod continet, & quod continetur. Dices: vsusfructus est pars fundi, *l.* 4. *ff. de vsufr. & quemadm.* Ergo est corporalis, qualis est fundus. Respondeo, vsumfructum partis effectum continere, similémque esse parti fundi, quia omne emolumentum continet fundi; non tamen propriè partem fundi esse, verè enim vsusfructus in jure, non in parte consistit, *l. Mævius*, §. *fundo legato*, *ff. de leg.* 2. Vel respondeo d. legem accipiendam esse de vsufructu causali, qui hîc non definitur; sed formalis tantùm, qui propriè servitus est, & non pars fundi, *l. rectè*, *ff. de verb. sign.*

* 2 REBVS ALIENIS] Quia in re sua & propria non est vsusfructus; prædio enim meo vtor fruor non jure servitutis, sed jure dominii. Nemini enim res sua servit, *l. vti frui*, *ff. si vsusfruct. pet.*

* 3 VTENDI FRVENDI] Quia vsusfructus sine vsu, & fructu esse non potest, *l. per servum*, §. 1. *ff. de vsu & habit.* Dices: nihil interest vsusfructus an vsus legetur, *d. l. per servum*: Ergo vsusfructus sine vsu consistere videtur. Respondeo: nihil quidem interest vsusfructus an vsus legetur; quia hoc casu fructus tacitè, & per interpretationem vsum continet: cui enim frui licet, quod est plus, eidem vti licere debet, quod est minus, *l.* 21. *ff. de Reg. jur.* Tametsi fructus sine vsu hoc vno summè notando casu reperiri possit, veluti si mihi vsus, tibi fructus relictus sit; frui enim tantùm poteris, non vti, & ego tantùm vti, non frui, *d. l. per servum.*

* 4 SALVA RERVM SVBSTANTIA] Quia salvâ non manente substantiâ vsusfructus finitur. Est enim vsusfructus jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est, *l.* 2. *ff. hoc tit.* Quasi diceret, vsusfructus est qualitas, quæ existere non potest pereunte re, id est dominio cui inhæret. Et eapropter fructuarius regulariter stipulanti proprietario cavere debet, se vsufruiturum boni viri arbitratu; & finito vsufructu, se restituturum quod inde extabit, *l.* 1. *ff. vsufruct. quemadm. cav.* *l. si cujus* 13. *ff. hoc tit.*

§. I. Vsusfructus à proprietate separationem recipit: ídque pluribus modis accidit. vt ecce, si quis vsumfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vsumfructum. Et contrà, si fundum legaverit, deducto vsufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres verò vsumfructum. Item alii vsumfructum[5], alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit vsumfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus[6] id efficere debet. Ne tamen in vniversum inutiles essent proprietates, semper abscedente vsufructu: placuit certis modis extingui vsumfructum, & ad proprietatem reverti. *Et Caio l. 3. §. 2. ff. eod.*

5 ITEM ALII VSVMFRVCTVM] Potest, inquit Accursius, & aliis modis,

l. Proculus, ff. hoc tit. Sed veram hujus legis mentem nec Accursius, nec Accursii sequaces assecuti sunt. Docet Proculus quando insula ita legari possit, vt ei servitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeatur; quam nempe legatarius teneatur præstare, vel tradere præstitâ cautione, ex Labeonis sententia, de qua in *l. quoties vlt. ff. de servitutib.* & in *l. 3. §. si iter, ff. de actionib. empti*, vel per patientiam constituere. Servitutes enim vel per traditionem, cujus loco interponitur cautio; vel per patientiam constitui dicuntur, *l. si ego, §. si de vsufructu, ff. de public. in rem act.* Vt ergo legatarius vel tradere servitutem, vel pati teneatur & cogatur; induxit Proculus duos modos, duásque formulas imponendi servitutes insulæ legatæ. Et ita Gallus Aquilius induxisse dicitur formulam, quâ licet postumos nepotes instituere, in *l. Gallus, ff. de liberis & postum.* Iurisconsulti est enim munus, consilia, & cautiones excogitare rei, jurísque sui tuendi causa; quod præstat Modestinus in libris, qui dicuntur *εὑρηματικοί*. Tale autem est *εὑρηματικόν*, vel consilium Proculi; vt insulæ quam legat testator, quámque vult servire insulæ hereditariæ, legatario vsumfructum relinquat sub conditione præstandæ cautionis, per quam constituitur & traditur servitus. Quod sic accipiendum est, vt proprietas ei censeatur legata purè, vsusfructus verò sub conditione: vt quemadmodum Prætor mittit vicinum in possessionem vitiosarum ædium, vt tædio possessionis à domino extorqueat cautionem, de qua in *tit. de damno infecto:* sic testator non antè permittat legatarium habere plenam potestatem in insula, quàm priùs præstiterit cautionem. Erit igitur interim, id est ante præstitam cautionem, vsusfructus penes heredem à proprietate separatus. Hoc autem fingi non potest, si cum veteribus dicamus proprietatem ipsam fuisse legatam sub conditione præstandæ cautionis; quia ante eventum conditionis non potest acquirere legatum legatarius. Hæc autem conditio non potest impleri à legatario; quia rei alienæ, id est insulæ hereditariæ, quæ pendente conditione pertinet ad heredem, non potest legatarius imponere servitutem. Qui hoc ergo tentant, faciunt vt ridiculum omnino sit Proculi consilium; si proprietas relicta sit sub impossibili conditione, quam in testamentis pro nulla haberi constat, *l. 3. ff. de condit. & demonstr.* Et hæc est liquida interpretatio primæ formulæ.

Secunda verò sententia hæc est. Vt legatario non sub conditione, sed ad certam conditionem, vel ad tempus censeatur legatus vsusfructus insulæ. vt si forsitan non patiatur legatarius heredem vti servitute luminum, id est si insulam legatam altiùs tollat, vsusfructus ipso jure recurrat & redeat ad heredem, & remaneat proprietas nuda penes legatarium; quæ omnia bellissimè cadere possunt in vsumfructum, *l. 4 ff. hoc tit.* At ante Iustinianum, id est ante *leg. vlt. C. de legatis*, hoc nemo fingere potuit in ipsa proprietate; quia non potuit penes legatarium esse temporalis. Et ex iis apparet quàm malè fingant veteres, vel proprietatem cum vsufructu fuisse legatam vni, sub conditione præstandæ servitutis; vel fuisse legatam vni nudam proprietatem sub eadem conditione, & alteri vsumfructum. In hac autem specie non dubito quin & alia remedia suppetant heredi, quasi servitute ab ipso testatore impositâ, *l. 1. ff. de servitute legata:* sed præter hæc docet Proculus modum, quo præstare, vel pati servitutem cogatur legatarius, ne plectatur amissione vsusfructus. Et ita *d. lex Proculus*, pertinet ad hunc titulum; quia legatario non præstante cautionem, vel patientiam, separatur vsusfructus à proprietate.

[6] PACTIONIBVS ET STIPVLATIONIBVS] Idem de servitutibus dicitur in *§. vlt. suprà, tit. proxim.* Pactiones cùm ait, meo quidem judicio intelligit conventiones juris gentium, quæ vel transeunt in proprium nomen contractus;

vel quæ traditione, vel causâ sumpserunt effectum, & quæ non sunt nudæ pactiones, *l. 7. ff. de pactis*. Porro constitui dicitur vsusfructus testamento, contractibus juris gentium, vel pactionibus in continenti additis, vel contractu juris civilis, id est stipulatione quæ firmandæ obligationis causâ subjicitur: ex quibus omnibus nascitur obligatio, quâ quis tenetur dare vsumfructum, *l. 3. §. dare, ff. hoc tit.* & petitur actione personali, *l. corruptionem, Cod. hoc tit.* Sed & constitui dicitur per traditionem, vel per patientiam, *d. l. si ego, §. si de vsufructu, ff. de Publiciana in rem act.* Eodémque exemplo dos constitui dicitur cùm promittitur, & constitui quoque cùm datur, *l. 5. ff. soluto matrim.*

§. II. Constituitur autem vsusfructus non tantùm in fundo, & ædibus, verumetiam in servis, & jumentis, & ceteris rebus: exceptis iis quæ ipso vsu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt vsumfructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso vsu assiduâ permutatione quodammodo extinguitur. Sed vtilitatis causâ senatus censuit, posse etiam earum rerum vsumfructum constitui: vt tamen eo nomine heredi vtiliter caveatur. Itaque si pecuniæ vsusfructus legatus sit, ita datur legatario, vt ejus fiat: & legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario, vt ejus fiant. sed æstimatis his, satisdatur, vt, si morietur, aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum vsumfructum (nec enim poterat[7]) sed per cautionem quasi vsumfructum constituit. *Ex Caio l. 2. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*

[7] NEC ENIM POTERAT] Caius in *l. 2. ff. de vsufr. earum rer. quæ vsu consumunt. Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit.* Eâdémque formâ de lege naturali M. Tull. *in fragmento quodam, lib. 3. de Republica, Nec verò per senatum, aut populum solvi hac lege possumus.*

§. III. Finitur autem vsusfructus morte fructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maximâ & mediâ, & non vtendo per modum & tempus[8]. quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur vsusfructus, si domino proprietatis ab vsufructuario cedatur (nam cedendo extraneo, nihil agit[9]) vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit: quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræmotu, vel vitio suo corruerint, extingui vsumfructum, & ne areæ quidem vsumfructum deberi. *Hunc §. & seq. repete ex tit. quibus mod. vsusf. vel vsus amittit.*

[8] PER MODVM ET TEMPVS] Per modum, inquit Accursius, si tamquam bonus paterfam. non vtatur. Et ita in *l. 9. §. vlt. ff. hoc tit.* vsum fructuarii ad modum,

dum, non ad qualitatem referendum esse, quod Cujacius & Theophilus probant: nam alio modo vti, quàm quo vsusfructus constitutus est, non vti est. Sed addit Accursius melius esse, si dicamus per moderatum tempus, id est certo modo, certóque tempore constitutione Iustiniani præstituto. Quæ sententia sic vindicari potest, vt hodie non amittatur vsusfructus per continuum illud biennium, per continuum tempus, vt loquitur *l. 7. ff. quemadmodum servit. amitt.* Quo fructuarius, qui possessione fundi non vtebatur, vsumfructum amittebat, auctore Paulo *lib. 3. Sent. tit. 6. §. non vtendo.* Quem amittendi modum sustulit Iustinianus; quia, vt ait in *§. 1. d. l. corruptionem*, *Multæ & innumerabiles causæ rebus incidunt mortalium, per quas homines jugiter retinere quod habent non possunt. Et est satis durum per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est.* Et observa quod ait *jugiter*, id est continuò. sic in *l. 2. C. Theod. de in integrum restitut.* juge tempus, est continuum tempus, vt colligere licet ex *l. vlt. C. de temporib. in integ. restitut.* quod & ad *d. titulum in Parat. Cod.* Cujacius observavit.

Immutavit ergo Iustinianus non solùm tempus biennii, substitutâ præscriptione longi temporis, vt in *l. pen. C. de servitut. & aqua*; sed etiam modum, per quem non vtendo jugiter, & continuò fructuarius vsumfructum amittebat. Et ideo subjicit, *quæ omnia nostra statuit constitutio*, id est, *d. l. corruptionem.* Quæ tamen nihil constituit, vel mutat in modo, quo quis vti frui debet tamquam bonus paterfam. Sed quoniam viris doctis valde placet prima sententia, per me liceat & hanc interpretationem admittere; quam tamen rejicere videtur Iustinianus, cùm ait, *quæ omnia nostra statuit constitutio.* Imò contrà sic possum commodissimè ratiocinari. qui aliter vtitur quàm vir bonus arbitrabitur, non videtur amittere vsumfructum; sed committitur stipulatio, de qua tractatur in *tit. vsufructuarius quemadm. caveat*, *l. 1. §. pen. ff. eod. tit.* Et vel vsufructuarius vtitur, vel alius ejus nomine, vt in *l. arboribus 12. §. vsufructuarius, ff. hoc tit.* nam si non suo nomine, hoc planè vti non est, *l. Pomponius, ff. quibus modis vsusfr. amitt.* At si aliter quàm debet vtatur, quamvis malè vtatur, tamen videtur per abusum retinere vsumfructum; cùm proprietario satis superque consultum sit per stipulationem, & ceteras actiones, de quibus in *l. sed & si quid, §. & generaliter, l. cum vsufructuario, ff. hoc tit.* Et nullo, quod sciam, loco scriptum est, hoc modo amitti vsumfructum, sed eum qui abutitur prohiberi posse competentibus actionibus, *l. si pendentes, § 1. ff. hoc tit.* vel statim committi stipulationem, *l. si cujus, §. si vsusfructus, ff. hoc tit. l. 1. §. vtilius, ff. vsufruct. quemadm. caveat.* Scio non ineleganter dici posse, has omnes actiones vel remedia proprietario dari, vel vt damnum, quod proprietati inflixit fructuarius sarcire teneatur; vel vt officio judicis ad rectum, & concessum vsum redigatur: & præterea, fructuarium qui per constitutum tempus abutitur potiùs, quàm vtitur, amittere vsumfructum; vt hac veluti duplici pœnâ plectatur. Sed nónne potiùs hoc videtur imputandum proprietario, qui cùm prohibere possit, vel agere ex stipulatione; tamdiu patitur fructuarium re abuti, & per abusum retinere vsumfructum. Ait Paulus *d. lib. Sent. tit. 6.* quinque modis amitti vsumfructum, duobus verò finiri; sed de hoc modo amittendi perpetuum silentium. Ait quidem non vtendo amitti, si possessione fundi non vtatur fructuarius; sed possessione fundi vtitur, etiam is qui aliter vtitur, quàm vir bonus, id est judex arbitrabitur; cujus officio hoc tantùm continetur, ne aliter vtatur quàm debet, *l. divus, §. vlt. ff. de vsu & habit.*

Nec me movet argumentum, quod à servitute reali duci potest. nam vel quis aliâ servitute vtitur, quàm constitutâ, puta aqua diurna pro nocturna, vt in *l. si com-*

T

munem, §. *vlt. l. si quis alia, ff. quemadm. servit. amitt.* vel plus in eadem servitute facit, quàm facere debuit, puta quadrigâ vtitur, cùm bigâ tantùm servitus constituta sit. vel latiore itinere vtitur; vel plura jumenta agit quàm liceat, vt in *l. is cui via, ff. eod. tit.* Primo casu servitutem amittit, quia omnino aliâ re vtitur; secundo non amittit. Et ita fructuarius, quamvis plus faciat in re cujus vsumfructum habet, quàm facere debeat, non potest dici aliâ re vti; sed eleganter dicitur aliter vti, vel plus facere in ipsa re, vel in ipso vsufructu, *d. l. divus*, §. *vlt. d. l.* 1. §. *habet autem, ff. vsusfr. quemadm. caveat.* Ideóque comparatur ei, qui plus in eadem servitute facit, quem & dominus fundi servientis, exemplo proprietarii, prohibere potest, *d. l. is cui via.* Sed præter prohibitionem, in vsufructu necessaria fuit stipulatio; vt in hoc quoque certissima differentia constituatur inter vsumfructum, & servitutem: quia vnus & idem est vsusfructus, cujus vsus pendet ex stipulatione, vel ex arbitrio judicis, & hac ratione modus vtendi incertus esse videtur; quod enim arbitrarium est, incertum est, vt apud Comicum *in Penulo*,

Nunc Pol ego perii certò, non arbitrariò.

Et M. Tull. *in oratione pro S. Roscio, Arbitria omnia esse incerta pecuniæ.* Servitus verò semper, & vbique certa est; quia pendet ex certa constitutione. At longè alia ratio est vsusfructus; quia vel plus sibi licere potest contendere fructuarius, proprietarius verò minùs; & recurrendum est ad arbitrum, vel judicem, qui hoc constituat. Ante arbitrium ergo judicis, non potest videri fructuarius vsumfructum amisisse, quamvis plus fecerit, quàm facere debeat, argumento *l.* 10. §. 1. *ff. comm. divid.*

Hæc omnia me movent, vt non temere discedam à secunda sententia Accursii; quia, vt dicam explicatiùs, post variam mentis meæ agitationem tandem animadverto perspicuum esse sensum verborum Iustiniani, *vsumfructum finiri, vel amitti hodie, non vtendo per modum, & tempus.* Hoc enim ait vt doceat, non vt olim amitti non vtendo solo tempore; sed & hunc modum desiderari, vt proprietarius præscriptionem x. vel xx. annorum sibi acquirat, id est præscribat libertatem vsusfructus facto suo per contrariam possessionem. Non amitti igitur omni modo non vtendo, sed interruptâ possessione, quæ hanc præscriptionem acquirit ei qui possidet, *l.* 2. *C. de longi temp. præscript.* Olim vsusfructus ipso jure non vtendo amittebatur, nec libertas vsusfructus vsucapi potuit; quæ enim non vtendo amittuntur vsucapi non possunt, vt docet Paulus *lib.* 1. *Sent. tit. de servitut. in principio.* quæ verò vsucapi possunt, non omni modo pereunt non vtendo, vt de servitute vrbana dici solet; in qua hoc desideramus, vt vicinus novi aliquid faciat, & facto libertatem vsucapiat, *l.* 6. *ff. de servitutib. vrb. præd.* Et ideo hæ servitutes, vt nominatim *d. lex* 6. ait, non omni modo pereunt non vtendo; sed non vtendo per eum modum, quem is qui vsucapit libertatem servare debet. quod & de vsufructu Iustinianus ait in *d. l. corruptionem*, §. 1. his verbis: *Sed nec ipsum vsumfructum non vtendo cadere*, &c. quia nempe, vt subjicit, hodie necessaria est continua, & non interrupta possessio ejus qui fundum possidet, in quo vsusfructus constitutus est. Et hac ratione, ex hac nova constit. rectè vsusfructus proprietati comparatur, quæ non amittitur nisi contrario facto, vel contrariâ possessione, quæ possidenti acquirit præscriptionem longi temporis.

Olim is qui fundum, cujus vsusfructus alienus erat, vsucapiebat, non potuit vsucapere vsumfructum, *l.* 44. §. *non mutat, ff. de vsurp. & vsuc.* & ibi Cujacius: hodie cum ipso fundo, si fructuarius non interpellat possidentem, præscribi potest vsusfructus. Hodie igitur quia præscribitur, vel vsucapitur vsucapione Iustinianeâ libertas vsusfructus, non omnimodo amittitur vsusfructus non vtendo; sed vt Iu-

ſtinianus ait hoc loco, non vtendo per modum & tempus, id eſt, vt dixi, certo modo, certóque tempore conſtitutione Iuſtiniani præfinito. Nec ſi rem omnem penitius inſpicias, Theophili interpretatio hunc ſenſum rejicit, *non vtendo*, inquit, ὅπως ῥητῷ, καὶ ὡρισμένῳ χρόνῳ, quæ verba non malè vertas, per modum conventum, & tempus conſtitutum: tamen & quod ait ὅπως ῥητῷ, nihil vetat interpretari certo modo; ſic enim vetus gloſſarium ῥητὸς *certus*: & referre non ad certam conventionem partium, vel vſusfructus conſtitutionem; ſed ad certam definitionem Iuſtinianeæ conſtitutionis, quæ non ſolùm certum tempus, ſed & certum modum præſcribit, quo quis non vtendo hodie amittit vſumfructum. Et ſi vis referre ad modum quo vti debet fructuarius, planè efficies Iuſtinianum, qui nobis initio hujus libri levem ac ſimplicem viam promittit, obſcurè & ambiguè loqui. Nam qui dicit eum, qui non vtitur tamquam bonus paterfam. amittere vſumfructum; non ſimul & hoc neceſſariò dicit, eum qui omnino non vtitur amittere. Hæc enim ſunt naturâ diverſa, malè vti, & omnino non vti. Et ſi hoc receptum fuit, vt vult prima interpretatio, eum qui malè vtitur amittere vſumfructum; quia vti alio modo, quàm quo conſtitutus eſt vſusfructus, non vti eſt: vera docendi ratio hoc efflagitat, vt priùs doceas, & conſtituas eum qui omnino non vtitur, amittere vſumfructum: & deinde inſinues receptum fuiſſe eum qui malè vtitur, debere quoque amittere; quia malè vti non vti eſt. Quod tamen conſtare non poſſe ſuprà docui; quia id nullo loco ſcriptum reperitur. Reſtat tibi hic vnicus, à quo niſi ſummâ vi adhibitâ hoc extorquere non potes.

Summa autem ſuperioris diſquiſitionis breviter hæc ſit. Olim vſusfructus amittebatur ipſo jure biennio: hodie non amittitur, niſi exceptione, vel præſcriptione fructuarius excludatur. Olim proprietas vſucapi potuit, vſusfructus vſucapi non potuit; hodie ſublata eſt differentia hæc; quia vſusfructus vſucapione Iuſtinianeâ vſucapi poteſt. Ex quibus efficitur, Iuſtinianum dixiſſe vſumfructum amitti non vtendo per modum, & tempus conſtitutione novâ præfinitum, ad quam nominatim nos remittit Iuſtinianus. ſed hujus longioris exceſſus peto veniam à ſtudioſis.

[9] CEDENDO EXTRANEO NIL AGIT] Imò, ait Accurſius, tunc vſusfructus ad proprietatem recurrit, *l. ſi vſusfructus, ff. de jure dot.* Et quamvis dicat hoc loco, *nil agitur*. Id ita eſſe accipiendum Iohannes docuit, vt nihil agatur in perſona extranei; agatur tamen aliquid in perſona proprietarii, ad quem vſusfructus amiſſus hac ceſſione ſtatim recurrit: & ita aſſumitur hoc quoque caſu inauditus modus, quo vſusfructus amittitur. Sed contrà Paulus diſertis verbis *lib. 3. Sent. tit. 6. In jure ceſſione*, inquit, *amittitur vſusfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure ceſſerit*; ergo non aliter. Accurſii tamen ſententiam, quod miror, D. Cujac. probat, ad Vlp. *tit.* 19. in *notis prioribus hoc loco*, & in *Sent. Pauli* ad *d. tit. 6.* Ego didici malè id colligi ex *d. l. ſi vſusfructus*, cujus perſpicua ſententia hæc eſt, hanc ceſſionem in jure nihil transferre in extraneum, & vſumfructum ita inutiliter in jure ceſſum aliquando ſolitis, & conſtitutis modis ad proprietarium reverſurum; non eodem momento quo ceſſit fructuarius extraneo, ſed jure ſuo, puta mortuo fructuario, vel capite minuto. Nihil agere dicitur is propriè, qui omnino fruſtra facit, & cujus actus nihil operatur; vt in hoc caſu non poteſt facere fructuarius qui malè ceſſit, quin aliquando vſusfructus recurrat ad proprietatem.

Sed inſtat vir præſtantiſſimus, ex *l. per ſervum, §. vlt. ff. de acquir. rer. dom.* junctâ *l. qui mihi, ff. de donat.* Nam quod Iulianus ait in *d. l. per ſervum*, nihil agi ſi procurator rem hac mente datam, vt domino acquiratur, eâ mente accipiat, vt ſuam

faciat; vel si servus communis, quod vni domino datum est alteri velit acquirere, aut vtrique: sic accipiendum esse Vlp. ait in *d. l. qui mihi*, vt nihil agatur in persona procuratoris, sed acquiratur domino; nec in persona alterius domini, cui nihil donare voluit donator, sed in persona ejus cui donare voluit. Idémque dicendum videtur nostro casu, vt nihil agatur in persona extranei; agatur tamen aliquid in persona domini proprietatis.

Sed respondeo perspicuam esse Iuliani mentem, vt in superioribus casibus omnino nihil agatur; quia cùm per procuratorem, vel servum acquiratur domino, rectissimè Iulianus existimabat inspiciendam esse mentem ejus per quem acquiritur. Et observandum est Vlpianum *lib. 7. disputat.* ex quo *d. l. qui mihi*, sumpta est, ex jure, quod tandem obtinuit, ita veterem sententiam Iuliani amoliri, vel interpretatione lenire; vt nihil intelligatur agi in persona procuratoris, vel in persona alterius domini; agatur tamen aliquid in persona domini cui donare voluit, inspectâ mente donatoris. Quæ ratio efficit, vt non obtineat quod antè responderat Iulianus. In libris autem disputationum Vlpianum, Venuleium, Triphoninum, proposuisse jus novum, quod vsu & triturâ fori tandem receptum fuit, idem docuit Cujac. ad *l. 2. §. his legibus, ff. de orig. jur.* Sed quod tandem placuisse Vlpianus ait, inspectâ mente ejus qui donare voluit domino, nemo non videt in nostro casu locum habere non posse; quia nihil in proprietarium transferre voluit vsufructuarius, nec ei potuit extraneus quicquam acquirere. Cùm enim hujus in jure cessionis capax sit tantùm proprietarius, & constet cessionem in jure esse actum legitimum, qui nec per procuratorem expressum peragi potest; nemo enim, vt est in regula juris, alieno nomine agere potest; multo minùs dicendum videtur fructuarium extraneo cedentem, hoc actu legitimo in proprietarium transferre jus vsusfructus.

Dices vel ideo transire, quia fructuarius, quantum in eo fuit, hoc jus omne à se abdicavit; quod sui natura necesse est vt recurrat ad proprietatem. Sed respondeo vsumfructum in jure, id est ad sellam Prætoris, fructuarium cedere posse, præsenti tamen proprietario, adhibitis solemnibus, quæ ex Caio nostro Boëtius exprimit in *Topica Ciceronis*. Et si verum est, quod Vlp. *titulo* 19. ait, rem omnem agi inter tres personas, inter cedentem, vindicantem, & addicentem; id est inter eum qui cedit, eum cui ceditur, & Prætorem addicentem: quâ ratione assumere possumus quartum, id est proprietarium absentem; cùm sit certissimum, actum legitimum neque per absentem, neque per procuratorem peragi posse? Eodémque exemplo rectè Pontifices rescribunt, non videri amissum beneficium, nisi ille qui renunciat, omnia solemnia, quæ in cessione, & renuntiatione desiderantur, rite perfecerit, *cap. 5. & vlt. extra de renuntiatione.*

§. IV. Quum autem finitus fuerit vsusfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.



De vsu & habitatione.

CAPVT V.

IISDEM istis modis[1], quibus vsusfructus constituitur, etiam nudus vsus constitui solet, iisdémque illis modis finitur, quibus & vsusfructus definit. *Ex Caio l. 1. hoc tit.*

IVS quod vsuario datum est, non obtinuit sine controversia; quidam enim plus dabant, & largiùs agendum esse censebant; quidam verò minùs, vt colligere licet ex *l. plenum, §. præter habitationem, ff. hoc tit.* quo loci mirum videri potest eos, qui vsum horti, pomorum, florum, fœni vsuario concedebant, denegasse foliorum vsum; quem tamen observo Græcos in Basilicis concedere, vt constat ex Synopsi Basilic. *lib. 16. hoc tit.* & iniquum esse denegari Cujac. tentat *lib. 9. Obs. cap. 37.* Et legendum esse censet oleis, non foliis, vt in *prioribus notis ad hunc locum.* Sed veteres videntur folia alendo pecori hyeme necessaria, vt docent auctores rei rusticæ, separasse à ceteris, quæ vsuario concedebant; vt neque his, neque oleo, neque frumento, neque frugibus vteretur: quæ tamen omnia ei tandem concessa sunt, vt nempe ex his omnibus, quæ ex fundo nascuntur, sumere possit quod sibi, suísque sufficiat. Imò ex penu ipsa, id est ex iis, quæ esui, potuíque sunt, *l. 3. ff. de penu legata,* ex rebus quæ in cella vsus quotidiani causâ servantur; vel, vt Basilica interpretantur, ex rebus cellariis in fundo provenientibus id sumere possit, quod in annum dumtaxat sufficiat, *l. fundi, ff. hoc tit.* quamvis mediocris fundi eo modo fructus consumantur, & hoc casu fructuarius potiùs, quàm vsuarius videatur, vt in specie *l. Divus, ff. hoc tit.* Hoc enim in sylva necessariò constituendum fuit; quia vsus sylvæ nullus est, nisi liceat legatariis cædere sylvam, & vendere ligna. & ideo sylvæ à doctissimo Poëta dicuntur steriles *lib. 2. Georgic.* ad differentiam pomiferarum arborum, vt Servius notat illo loco,

Ipsæ Caucaseo steriles in vertice sylvæ
Dant alios alia fructus, dant vtile lignum
Navigiis pinos, domibus cedrósque, cupressósque.

Qui fructus à D. Adriano vsuario concessus est; quia nullum alium vsum sylva præbere potest; non, vt glossa cum Rogerio nugatur, quia sylva longè remota erat, sed quia generaliter de omni sylva rectè dicitur. Verumenimvero responsis prudentum, & rescriptis Principum hæc omnia vsuario concessa sunt, voluntatis defuncti tuendæ causâ; neque enim, inquit Vlpianus in *d. l. plenum, §. sed si pecoris, Tam strictè interpretandæ sunt voluntates defunctorum.* & Paulus in *l. 12. ff. de Reg. jur. ex eod. lib. 3. ad Sabinum,* ex quo sumpta est *d. l. fundi. In testamentis,* inquit, *pleniùs voluntates testantium interpretamur:* vt meritò dubitari possit, an idem obtineat in vsu dato non testamento, sed contractibus, in quibus cessat hæc favorabilis interpretatio.

*[1] IISDEM ISTIS MODIS] Non generaliter tamen omnibus, quibus vsusfructus constitui potest; vsusfructus enim potest pro parte constitui, nudus verò vsus non potest, *l. vsus pars, ff. hoc tit.*

§. I. Minus autem scilicet juris est in vsu, quàm in vsufructu: namque is qui fundi nudum habet vsum, nihil vlteriùs habere intellegitur, quàm vt oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, & lignis ad vsum cottidianum vtatur: in eo quoque fundo hactenus ei morari licet, vt neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento. nec vlli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere[2], aut gratis concedere potest: quum is qui vsumfructum habet, potest hæc omnia facere.

[1] LOCARE AVT VENDERE] Hæc enim omnia in fructu sunt, non in vsu. Et inde elegans dubitandi ratio in *l. 10. §. 1. ff. comm. divid.* quam in *posterioribus notis* Cujac. notavit, & latiùs enarravit in *recitationib. Pauli ad edictum.* Sed vereor ne satis mens Pauli sit percepta. Duobus vsu legato, quem constat esse individuum, *l. vsus. ff. hoc tit.* Quæritur quemadmodum divisio fieri possit? & datur hoc remedium à Paulo, vt judex actioni communi dividundo addictus vni in solidum addicat vsum, qui alteri teneatur certam mercedem dare.. Et ita fit, vt is qui mercedem accipit, frui magis, quàm vti videatur; quo casu rectè implorare potest proprietarius officium arbitri, qui judicat quemadmodum vtatur; quia plus facit, quàm facere debeat, *l. divus, §. vlt. ff. hoc tit.* Sed ait Paulus Prætorem intervenire debere, qui tuetur vsuarium in hoc modo vtendi, vel fruendi; hoc enim per necessitatem fit: quod enim jure ipso, id est secundùm rigorem juris civilis fieri non potest, sæpissime æquitate Prætoriâ corrigitur, & emendatur, *l. 7. §. 1. ff. de justit. & jure.*

* [2] AVT LOCARE, AVT VENDERE] Vtrumque impugnari potest. Primum ex *l. 2. 3. & 4. hoc tit.* vbi vsuarius inquilinum recipere potest acceptâ pensione, ergo & locare; est enim propriè inquilinus is, qui ædes conduxit pactâ mercede. Respondeo, vsuarium posse inquilinum recipere, modò cum eo, & non seorsim habitet: quo casu propriè inquilinus non est, ex sententia Proculi in *d. l. 4.* quia inquilinus propriè, seorsim à locatore habitat. Secundum impugnatur ex *l. divus, ff. hoc tit.* vbi qui habet vsum sylvæ, cædere sylvam, & ligna vendere potest. Respondeo, hoc ei permissum, ne aliter ei vsus sylvæ sit inutilis: sylvæ enim vsus nullus est, nisi liceat vsuario sylvam cædere, & ligna vendere; eáque propter sylvæ steriles, ad differentiam pomiferarum arborum dicuntur *lib. 2. Georgic.*

Caucaseo steriles in vertice sylvæ.

§. II. Item is, qui ædium vsum habet, hactenus jus habere intellegitur, vt ipse tantùm habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest, & vix receptum esse videtur, vt hospitem ei recipere liceat; sed cum vxore sua liberísque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minùs quàm servis vtitur, habitandi jus habet. Et convenienter si ad mulierem vsus ædium pertineat, cum marito ei habitare licet. *Hic §. ex variis Iurisc. responsis consutus est, l. 2. 3. 4. 5. 6. & seq. hoc tit.*

§. III. Item is, ad quem servi vsus pertinet, ipse tantummodo operis, atque ministerio ejus vti potest: ad alium verò nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumentis. *Ex Vlp. l. 12. §. si vsus. hoc tit.*

§. IV. Sed si pecorum, veluti ovium, vsus legatus sit, neque lacte[3], neque agnis, neque lanâ vtetur vsuarius, quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus vti potest.

[3] NEQVE LACTE] Modico tamen lacte vti permittit Vlpianus in *d. l. plenum, §. sed si pecoris, ff. hoc tit.*

§. V. Sed si cui habitatio legata[4], sive aliquo modo constituta sit, neque vsus videtur, neque vsusfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quam habitationem habentibus, propter rerum vtilitatem, secundùm Marcelli sententiam, nostrâ decisione promulgatâ, permisimus non solùm in ea degere, sed etiam aliis locare.

[4] SI CVI HABITATIO LEGATA] Legatus vsusfructus, vel vsus relictus deducitur à proprietate; sive vni legatus sit, quo casu proprietas remanet penes heredem; sive vni fundus, alteri verò vsusfructus relinquatur, quod sæpe se legisse in testamentis veterum ait D. Chrysost. *hom. 2. ad popul. Antioch. Hic habeat,* inquit, *proprietatem fundi vel ædium, ille verò vsumfructum.* Sed si neque vsus, neque vsusfructus ædium legatus, sed habitatio legata sit, quærebant veteres quid hoc legato contineatur? an sit vsus, vel vsusfructus? quidam enim magis ad vsum accedere, alii verò ad vsumfructum. Sed hanc controversiam sustulit Iustin. in *l. cùm antiquitas, C. de vsufruct.* & proprium jus esse voluit, quod nec olim amitti potuit non vtendo, vel capitis minutione: consistit enim habitatio in facto potiùs, quàm in jure, *l. legatum, ff. de capit. minut.* non tam respicit ad personam quæ habitat, quàm ad rem ipsam quæ inhabitatur. Qui vsum potiùs, quàm vsumfructum esse dicebant, locare non permittebant, *l. si habitatio, ff. hoc tit.* quod Iustin. permittit ex Marcelli sententia: nec tamen donare permisit, vt non omnia habeat, quæ vsusfructus habet, sed sit, vt ait, proprium & separatum jus.

§. VI. Hæc de servituribus, & vsufructu, & vsu, & habitatione dixisse sufficiat. De hereditate autem, & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res nobis adquiruntur: modò videamus quibus modis legitimo, & civili jure adquiruntur.

De vsucapionibus, & longi temporis possessionibus.

CAPVT VI.

IVRE civili[1] constitutum fuerat, vt qui bonâ fide ab eo qui dominus non erat[2], quum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliâve quâvis justâ causâ acceperit: is eam rem, si mobilis erat, anno vbique, si immobilis, biennio tantùm in Italico solo vsucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturiùs suis rebus

defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur: & ideo constitutionem super hoc promulgavimus, quâ cautum est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem (id est inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) vsucapiantur. & his modis non solùm in Italia, sed in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justâ causâ possessionis præcedente, adquirantur.

SEPARAT longi temporis possessionem ex qua præscriptio acquiritur, ab vsucapione; quamvis ex *l. vnica, C. de vsucap. transform.* hodie longi temporis possessio in vsucapione necessaria sit, vt nihil differre videatur præscriptio ab vsucapione. Sed in ceteris quibusdam differentiam esse constituendam convincunt diversi tituli de vsucap. & de præscription. longi temporis: quod vt liquidò intelligatur, sic res omnis breviter est conficienda. Res quæ vsucapi non possunt, id est res in quibus jure civili locum non habuit vsucapio primùm introducta lege XII. tab. præscribi possunt longâ possessione ex constitutionibus Principum, quæ tam in Italia, quàm in provinciis locum habuerunt; quia & quædam res in Italia fuerunt quæ non potuerunt vsucapi. Eleganter Imperator, in *l. 2. C. in quibus causis cessat longi temp. præscript.* si vsucapio procedat, frustra tractari de præscriptione, id est inutilem esse præscriptionem, si sit locus vsucapioni. Deficiente ergo vsucapione, introducta fuit beneficio Principum longi temporis præscriptio: vt quod vsucapere non possunt, possint præscribere, vt in his exemplis. Sublatâ vsucapione servitutum per legem Scriboniam, introducta fuit præscriptio, *l. si quis diuturno, ff. si servitus vindic.* Quæ præscriptio necessaria quoque fuit in vectigalibus prædiis, de quibus in *tit. si ager vectigalis, vel emphyteu. pet. ff.* hæc enim tam in Italia, quàm in provinciis vsucapi non potuerunt, nec hodie possunt, *l. cùm sponsus, §. in vectigalibus, ff. de public. in rem act. l. si finita, §. si de vectigalibus, ff. de damno infecto.* Et olim, id est ante *legem quinque pedum, C. fin. regund.* intervallum illud quinque pedum lege XII. tab. & lege Maniliâ definitum vsucapi non potuit, præscribi potuit, *l. 2. C. Theod. eod. tit.* Vt ante constitutionem Iustin. de vsucapione transformanda, prædia provincialia vsucapi non potuerunt, in quibus tamen locum habuit præscriptio longi temporis. Quibus omnibus adde & hunc casum, qui pertinet non solùm ad prædia provincialia, sed etiam Italica; si minor prædium donaverit contra senatusconsultum: hoc casu vsucapi non potuit prædium ab eo, qui bonâ fide à donatario accepit, & tamen longâ possessione præscribi potest, *l. vlt. C. si quis ignorans rem minoris esse sine dec. comp.*

Vsucapio primam quidem originem sumpsit ex XII. tab. quæ mobilibus annum, in immobilibus verò biennium præscribit: Sed distinctio locorum, vt res mobilis vbique, id est tam in Italia, quàm in provinciis; immobilis verò in Italia tantùm vsucapiatur, interpretatione prudentum introducta fuit. Et ideo Iustin. hoc loco dicere maluit, *Iure civili constitutum fuerat*, &c. quia & pleraque alia, quæ ad jura vsucapionum pertinent, eâdem interpretatione, id est jure civili sunt recepta. præscriptio verò longi temporis principalibus constitutionibus introducta fuit, *§. 7. vers. & eorum, infrà, hoc tit. l. dolia. in fin. ff. de contrah. empt.* Hac autem non acquiritur dominium, quod constat acquiri vsucapione; est enim vsucapio adeptio, vel adjectio dominii. Non acquiritur quoque actio in rem, quâ quis amissam rei possessionem recuperat; sed acquiritur exceptio tantùm, quâ is qui possidet agentem repellit,

repellit, quod præscriptionis nomen indicat satis; nihil enim est aliud præscriptio, quàm exceptio.

Sed jure singulari certis casibus data fuit, non directa actio in rem, quæ domino tantùm dari potest; sed vtilis, deficiente directâ, *l. si quis diuturno, ff. si servitus vindic. l. si duo, §. Iulianus, ff. de jurejur. l. 7. & l. vlt. C. de obligat.* quam generaliter, & in omni casu tandem dedisse videtur, *l. pen. C. de præscript. 30. ann.* Præterea litis contestatione non interrumpitur vsucapio, *l. Iulianus in fin. & l. seq. & l. si à bona fidei, ff. de rei vindic. l. Iulianus, §. quantum, ff. ad exhib. l. 2. ff. pro donato,* & *l. 2. §. vlt. ff. pro empt.* quâ tamen interrumpitur præscriptio longi temporis, *l. 10. C. de acquir. & retinend. poss. l. 26. C. de rei vindic.* & *l. 1. 2. & 10. C. de præscript. longi temp.* Erat & olim maxima differentia in tempore, quam sustulit Iustin. Et ideo in multis Pandectarum locis passim Tribonianus reposuit *longo tempore capere*, pro *vsucapere*, & in *hoc tit. §. quod autem 7.* vt colligere licet ex *l. 38. ff. de vsurpat. & vsucap.* Eâdémque constitutione effecit, vt prædia provincialia, in quibus olim non procedebat vsucapio, hodie vsucapi possint. Atque ita, sine vlla locorum distinctione commisto, & coadunato vsucapionum, & præscriptionum jure, in casibus, quibus & olim vsucapio procedebat, vel hodie ex nova constitutione procedere cœpit; contingit, vt veluti duplici jure nitantur, qui per longum tempus res soli possident; jure antiquo vsucapionis, & beneficio Principalium constitutionum, quibus fuit introducta præscriptio.

In rebus verò quæ nec hodie vsucapi possunt, puta in vectigalibus prædiis, in servitutibus, similibúsque rebus; locus hodie dandus est præscriptioni longi temporis, quæ his casibus separanda omnino est ab vsucapione, & diverso jure censeri debet. Neque imperitiæ cum Cujacio insimulandus est Tribonianus, quòd in *l. si aliena 10. §. 1. ff. de vsurpat. & vsucap.* scripserit, *hoc jure vtimur, vt servitutes per se nusquam longo tempore capi possint:* quia nec hodie longâ possessione servitutes vsucapiuntur, sed præscribuntur tantùm, quod vir doctiss. agnovisse videtur in *Paratit. C. tit. de præscript. long. temp.* In his ergo rebus quæ vsucapi possunt, in præscriptionem transformatur vsucapio; vel, vt dicam explicatiùs, præscriptio est quoque vsucapio: in quibus verò non procedit vsucapio, remanet sola præscriptio, quæ non est vsucapio; quamvis communia quædam habeat cum vsucapione. Et ita est concilianda vetus controversia Martini & Bulgari, de qua glossa *hoc loco.* Ex præscriptione longi temporis, quæ & vsucapio est, acquiritur dominium; & vera est hoc casu Martini sententia. ex præscriptione, quæ non est vsucapio, non potest acquiri dominium; Et verum est hoc casu quod Bulgarus voluit. est & quædam vsucapio quæ non est præscriptio; rerum nempe mobilium, quæ hodie triennio perficitur, de qua in *§. 12. vers. quod nostra, infrà, hoc tit.*

* INCIPIT ab hoc titulo Iustinianus agere de variis modis acquirendi dominii jure civili; quorum duo summa sunt genera. Vnum eorum quibus acquirimus singulatim, id est res singulas, & particulares: vt vsucapio, donatio, legata, fideicommissa singularia. Alterum eorum quibus vniversaliter, id est vniversitatem bonorum acquirimus: cujusmodi sunt testamentum, successio ab intestato, bonorum possessio, adrogatio, addictio bonorum libertatis conservandæ causâ; de quibus omnibus ad vsque titulum de obligationibus, *infrà lib. 3.* Quomodo autem vsucapione acquiramus, docet hic titulus: cujus inscriptio longi temporis possessionem, id est præscriptionem, ab vsucapione separat. Quamquam enim Iustinianus in *l. vnica, Cod. de vsucapione transformanda*, tempus biennii, quo res immobiles

olim vſucapiebantur, mutaverit in decem & viginti annos, quibus ſimiliter olim res immobiles præſcribebantur; & conſequenter hodie nihil tempore videatur præſcriptio differre ab vſucapione: non omnes tamen differentiæ præſcriptionis & vſucapionis ſublatæ ſunt. Nam hodie, etiam poſt *d. leg. vnicam*, verum eſt quaſdam adhuc eſſe res immobiles, in quibus præſcriptio tantùm locum habet, non vſucapio: quales ſunt fundi emphyteutici, ſive vectigales: itémque ſuperficiarii, *l. cùm ſponſus, §. in vectigalibus, ff. de public. in rem act.* Qualis eſt fundus à minore donatus contra ſenatuſconſultum; ille enim qui bonâ fide à donatario accepit, vſucapere non poteſt, ſed tantùm præſcribere, *l. vlt. Cod. ſi quis ignor. rem min.* Quale eſt intervallum illud quinque pedum lege XII. tab. & lege Maniliâ inter duos agros definitum, *l. 2. Cod. Th. finium reg.* Quibus etiam ſervitutes annumerandæ ſunt, quæ tametſi vſucapi prohibeantur lege Scriboniâ, præſcribi tamen poſſunt, *l. ſi quis diuturno, ff. ſi ſervitus vindic.*

* 1 IVRE CIVILI] Vſucapionis origo eſt à lege XII. tab. his verbis, *Vſus auctoritas fundi biennium eſto, ceterarum rerum annus.* apud Tullium *in Topicis.* Quam legem ideo Iuſtinianus per jus civile deſignavit; quia leges XII. tab. ſunt fontes, & origines juris civilis. vel dicit, jure civili, id eſt interpretatione prudentum ad d. legem XII. tab. Diſtinctio enim locorum, vt nimirum res mobilis vbique, id eſt tam in Italia, quàm in provinciis; immobilis autem in Italia tantùm vſucapiatur, interpretatione prudentum introducta eſt; vt & pleraque alia, quæ ad jura vſucapionum pertinent. Præſcriptio autem longi temporis, conſtitutionibus Principum accepto ferenda eſt, §. 7. *verſ. & eorum, infrà hoc tit.* Ideóque, cùm in multis ab vſucapione diſtinguatur, tum hoc vno præcipuè, quòd vſucapione acquiratur dominium, & proprietas; eſt enim vſucapio adeptio dominii, *l. 3. ff. de vſucap. & vſurpat.* præſcriptione autem poſſeſſio tantùm, *l. indebiti, §. ſed etſi numi, ff. de condict. indeb.* Reliquas differentias vſucapionis & præſcriptionis vide apud Cujacium in *Paratit. Cod. de præſcript. longi tempor.*

* 2 AB EO QVI DOMINVS NON ERAT] Qui rem ab aliquo habet, & poſſidet; vel à domino vero habet, & poſſidet, vel à non domino: qui à vero domino, ſolâ traditione dominium nanciſcitur, & jure gentium dominus fit, §. *per traditionem, ſuprà, de rer. diviſione.* neque eam vſucapere neceſſe habet; cùm qui jure gentium jam dominus eſt, jure civili ampliùs fieri non poſſit. Qui autem à non domino, traditione dominium nanciſci non poteſt; nam, vt dixi, jure gentium nullo modo fieri poteſt, vt non dominus alium dominum faciat: jure tamen civili dominum effici placuit, ſi rem tempore à lege definito poſſederit. Et hoc eſt quod ait *l. traditionibus, Cod. de pactis.* Traditionibus, & vſucapionibus dominia rerum transferri; traditionibus factis à domino juſta ex cauſa; & vſucapionibus, ſi traditiones factæ ſint à non domino.

* 3 ALIAVE QVAVIS IVSTA CAVSA] Duo in perficienda vſucapione neceſſaria ſunt, bona fides, & juſtus titulus. Bona fides eſt, cùm quis juſto errore, juſtáque ignorantiâ putat ſe rem à domino, qui tamen dominus non eſt, accipere. Iuſtus titulus eſt juſta aliqua cauſa acquirendi, & poſſidendi; quales ſunt quæ vulgò produntur, pro emptore, pro herede, pro donato, pro dote, & aliæ cauſæ, de quibus ſpeciales ſunt tituli in *Pandectis, & Cod.* ne rerum dominia in incerto eſſent. Dices: vſucapio pugnat cum jure gentium, eo quòd dominium invitis auferat. Reſpondeo, ita eſſe ſanè; pugnat enim cum æquitate naturali, quæ vetat cuique invito dominium auferri, *l. non debet, ff. de Reg. jur.* Sed id fit bono publico, in-

quit Caius, *l. 1. ff. hoc tit.* cujus ratio semper potior habita est, quàm vtilitatis privatæ; maximè autem, cùm puniendæ dominorum negligentiæ causâ vsucapio introducta sit, & vt esset aliquis litium finis, *l. vlt. ff. pro suo*, quæ ex incertitudine dominiorum oriri poterant.

§. I. Sed aliquando etiamsi maximè qui bonâ fide rem possederit, non tamen illi vsucapio vllo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum [4] possideat.

[4] VEL SERVVM FVGITIVVM] Vide Cujac. *lib.* 17. *Obs. cap.* 10.

*[4] VEL SERVVM FVGITIVVM] Non quòd servus fugitivus non sit in commercio hominum; sed quia sui ipsius furtum facit, dum à domini potestate se præripit. quod vtilitatis causâ receptum est, ne servorum fuga dominis damnosa sit, *l. 1. Cod. de servis fugitivis.* Et vt servi deterreantur à fuga, si intellexerint se non recipi posse à quoquam, nec alteri acquiri vllo titulo.

§. II. Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bonâ fide possessæ fuerint, vsucapi possunt. nam furtivarum rerum, lex duodecim tabularum, & lex Atinia [5] inhibent vsucapionem: vi possessarum, lex Iulia & Plautia.

*[5] LEX ATINIA] Paulus hanc legem latam fuisse putat, vt caput quod erat in XII. tabulis prætermissum adjungeretur; nimirum nisi res furtiva in potestatem ejus cui subrepta est revertatur, *l. 4. §. quod autem, ff. hoc tit.* vide Cujac. *ibid.*

§. III. Quod autem dictum est, furtivarum, & vi possessarum rerum vsucapionem per leges prohibitam esse, non eò pertinet, vt ne ipse fur, quive per vim possidet, vsucapere possit, (nam his aliâ ratione vsucapio non competit, quia scilicet malâ fide possident) sed ne vllus alius, quamvis ab eis bonâ fide emerit, vel ex alia causa acceperit, vsucapiendi jus habeat. Vnde in rebus mobilibus non facilè procedit, vt bonæ fidei possessori vsucapio competat. Nam qui alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

§. IV. Sed tamen id aliquando aliter se habet. nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bonâ fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit: quin is, qui acceperit, vsucapere possit, dubium non est: quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum vtique heres, qui bonâ fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit. *Ex Caio l. 36. hoc tit.*

§. V. Item si is, ad quem ancillæ vsusfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit. furtum enim sine affectu furandi non committitur. *Ex d. l. 36. hoc tit.*

§. VI. Aliis quoque modis accidere potest, vt quis sine vitio furti, rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat vt à possessore vsucapiatur.

Ex Caio l. 37. & 38. hoc tit.

§. VII. Quòd autem ad eas res quæ solo continentur, expeditiùs procedit, vt quis loci vacantis possessionem propter absentiam, aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur: qui, quamvis ipse malâ fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bonâ fide accipienti tradiderit, poterit ei longâ possessione res adquiri, quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi, locive furtum fieri: & eorum qui res soli [6] possederint, Principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio auferri debeat.

[6] ET EORVM QVI RES SOLI] Vel ex hoc loco apparet rectè vulgarem editionem habere in *l. rescriptis, ff. de divers. temporal. præscript. in rebus soli*, malè Florentinam, *in rebus mobilibus:* nam in mobilibus præscriptio longi temporis locum non habuit, nisi immobilium jure censeantur, vt mancipia quæ prædio cohærent, *l. 3. ff. eod. tit.* Quod autem ait *d. l. rescriptis, in rebus soli*, accipiendum est non solùm de rebus soli provincialis, vt D. Cujac. voluit in *Parat. C. tit. in quibus causis cessat longi temporis præscript.* sed etiam in rebus soli Italici, in quibus locum non habuit vsucapio, vt in superioribus exemplis à me notatis. quibus adde, etiam in Italia hanc præscriptionem fuisse necessariam bonæ fidei possessori, qui rem pignori oppositam comparavit; non potuit enim vsucapione mutari jus pignoris, *l. justo, §. non mutat, ff. hoc tit. l. cùm postulassem, §. vlt. ff. de damno infecto, l. misso 12. ff. pro empt.* & *l. 2. ff. pro herede.* Sed beneficio hujus præscriptionis potest bonæ fidei possessor excludere creditorem agentem actione hypothecariâ, *l. 12. ff. de divers. temporal. præscript. l. 7. & vlt. C. de obligat. & action. l. 19. C. de eviction. l. 1. & 2. C. si adversus creditor.* Ceterum elegantissimus est Iustiniani sensus, quem vulgò non observant; expeditiùs procedere, vt res immobilis longâ possessione acquiratur, id est vsucapiatur; quia neque furti vitium in eam cadere potest; & quia hanc longam possessionem tuentur constitutiones Principum, quæ præscriptionem rerum immobilium introduxerunt, non rerum mobilium.

Ex Paulo l. 4. §. quod autem. hoc tit.

§. VIII. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res vsucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit. tunc enim vitio rei purgato procedit ejus vsucapio.

Ex Modest. l. 18. hoc tit.

§. IX. Res fisci nostri [7] vsucapi non potest: sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonâ fide emptorem traditam sibi rem ex his bonis vsucapere posse. & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.

[7] RES FISCI NOSTRI] Vide in hunc locum Cujac. ad *l. quamvis, ff. hoc tit.*

§. X. Novissimè sciendum est, rem talem esse debere, vt in se non habeat vitium, vt à bonæ fidei emptore vsucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

§. XI. Error autem falsæ causæ vsucapionem non parit: veluti si quis quum non emerit, emisse se existimans, possideat: vel quum ei do-

natum non fuerit, quaſi ex donatione poſſideat.

§. XII. Diutina poſſeſſio[8], quæ prodeſſe cœperat defuncto, & heredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licèt ipſe ſciat prædium alienum. Quòd ſi ille initium juſtum non habuit, heredi & bonorum poſſeſſori, licèt ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio[9] ſimiliter & in vſucapionibus obſervari conſtituit, vt tempora continuentur. Inter venditorem quoque[10] & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. *Ex Papin. l. 43. hoc tit. & l. 11. de diverſ. & tempor. præſcript.*

[8] DIUTINA POSSESSIO] Faceſſit negotium hic §. cum duobus verſiculis ſequentib. præſtantiſſ. Cujacio in *notis prioribus*, & in *l. id tempus, ff. hoc tit.* Qui & verſiculum, *quod noſtra*, reponendum eſſe cenſet, poſt verſic. *inter.* Sed res erit facilis, ſi intelligamus Iuſtinianum paſſim diutinam poſſeſſionem vocare vſucapionem rei immobilis, quæ, vt docui, præſcriptio quoque dici poteſt. Huic autem rei immobilis vſucapioni ſtatim opponit in *verſiculo quod noſtra*, vſucapionem rei mobilis, quæ propriè, & abſolutè dicitur vſucapio. Sic enim ille in conſtitutione *de vſucapione transformanda: Si quis rem mobilem detinuerit per continuum triennium, is firmo jure eam poſſideat, quaſi per vſucapionem acquiſitam*, id eſt quaſi hodie hæc verè, & propriè per vſucapionem acquiſita videatur. Et in fine ejuſdem conſtitutionis, *Ita enim*, inquit, *ampliatur longi temporis materia, minuitur autem vſucapionis compendioſa dominis jactura, & ejus jura nocemia.* Et quidem ampliatur longi temporis materia; quia per longum tempus tantùm res immobilis acquiritur ſublatâ veteri vſu[illegible]ione biennii; & ita hoc caſu præſcriptio aſſumit naturam vſucapionis. minuitur [illegible]em vſucapio; quia hodie propriè vſucapio procedere tantùm videtur in re mobili, in re enim immobili cum præſcriptione concurrit.

His cognitis, ſciendum eſt hoc olim in vſucapione rei immobilis receptum fuiſſe, vt poſſeſſio cœpta bonâ fide à defuncto, non interrum[illegible]tur malâ fide ſucceſſoris; vel, vt Papin. loquitur in *l. heres 43. ff. hoc tit.* vt continuatio non impediatur heredis ſcientiâ, quod & Paulus ait locum habere generaliter in omnibus ſucceſſoribus, qui vicem heredum obtinent, *l. 2. §. ſi defunctus, ff. pro emptore, l. ſi is qui, ff. de vſurp. & vſucapion.* Et hæc ſententia in re immobili ſine vlla dubitatione admiſſa fuit, etiam in præſcriptione longi temporis: ſed admitti non potuit in re mobili; ſcientia enim ſucceſſoris, & ſuperveniens mala fides interrumpit vſucapionem, *l. cum heres, ff. de diverſis & tempor. præſcript.* quia rei mobilis furtum facit, qui ſciens alienam rem retinet, ex ſententia veterum, *l. vlt. C. unde vi.* Hanc autem differentiam rerum obſervare licet ex *l. 1. ff. de diſtract. pignor.* & *l. ſi rem, ff. de acquir. vel admitt. poſſ.* Et hoc eſt, ni fallor, quod Paulus ait in *l. numquam 31. §. 1. ff. hoc tit.* vt obiter defendam Tribonianum contra notam Cujacii ad *Vlp. lib. Reg. tit. 19. In vſucapionibus*, inquit, *mobilium continuum tempus numeratur.* Quia non ita continuum tempus in vſucapionibus rerum immobilium deſideratur; hæc enim continuatio, neque ſucceſſione, neque ſuperveniente malâ fide interrumpitur: quæ tamen facilè interrumpitur in vſucapionibus rerum mobilium, in quibus maximè continuum tempus deſideratur, cui nullum impedimentum interveniens objiciatur, ex quo poſſeſſor contrahere furtum videatur, quod non cadit in poſſeſſionem rei immobilis. Diverſum ergo fuit jus vſucapionis, propter diverſam naturam rei quæ

poteſt vſucapi. Et ita in vſucapione libertatis ſervitutum, id eſt rei incorporalis, interpellatur poſſeſſio, ſi is qui vſucapere cœpit, poſſidere ædes deſinat, vt continuatio videatur generaliter deſiderari, *l. ſi ædes*, §. 1. *ff. de ſervit. vrban. præd.* Nec enim *d. lex* loquitur de emptore, & venditore; ſed generaliter de eo qui poſſidere deſinit, & de eo qui poſſidere cœpit: & hoc receptum fuit propter naturam ſervitutum, vt nominatim Iuriſconſultus ait. Cùm ergo ante Iuſtin. non procederet vſucapio rei mobilis ſuperveniente malâ fide ſucceſſoris, quæ procedebat in re immobili; idem obſervandum voluit & in vſucapionibus rerum mobilium, vt rectiſſimè Theoph. hoc loco, cùm à Iuſtiniano vſucapio propriè dicatur de re mobili: & hoc eſt quod ait in fine *d. l. vnica*, *C. de vſucap. transform.* illo loco, *quod & in rebus mobilibus*, &c. non eſt ergo verſic. *quod noſtra*, reponendus poſt §. *inter*; cùm aptiſſimè, & neceſſariò cohæreat præcedenti, in quo tractatur de vſucapione, vel diutina poſſeſſione rei immobilis.

* 8 DIVTINA POSSESSIO] Id eſt vſucapio rei immobilis, quæ vulgò præſcriptio dicitur; ad differentiam vſucapionis rei mobilis, quæ paſſim, & propriè vſucapio appellatur, vt deprehendi poteſt ex *l. vnica*, *Cod. de vſucap. transform.* Ait ergo Iuſtinianus hoc loco, inter defunctum, & heredem qualemcumque, conjungi tempora perficiendæ vſucapioni conſtituta; id eſt tempus, quo defunctus bonâ fide, & juſto titulo poſſedit, puta ſex annos, prodeſſe heredi ad perficiendam vſucapionem, ſeu præſcriptionem; quæ tunc demum perfecta intelligitur, cùm heres quatuor aliis annis poſſederit. Nec refert ſciverit, an ignoraverit rem eſſe alienam, quam à defuncto accepit; quia heredis ſcientia, aut mala fides ſuperveniens, non impedit vſucapionem. Cur ita, inquies? cùm certum ſit emptorem non poſſe vti acceſſione temporis ex perſona venditoris, ſi ſciverit eſſe alienam rem quam emit, *l.* 2. §. *ſi eam rem*, *ff. pro emptore.* Ratio differentiæ eſt, quia defunctus, & heres vna eadémque perſona eſſe cenſentur: in vna autem eadémque perſona hoc receptum eſt, vt mala fides obſtet quidem ab initio, non autem poſt cœptam vſucapionem. Id quod in perſona emptoris, & venditoris accidere non poteſt, cùm vna eadémque perſona non cenſeantur: & conſequenter emptor, niſi bonâ fide poſſederit, id eſt niſi ignoraverit rem eſſe alienam, acceſſione auctoris ſui, nimirum venditoris, vti non poteſt.

* 9 QVOD NOSTRA CONSTITVTIO] Ante Iuſtinianum in perficienda vſucapione rei mobilis, non conjungebantur tempora inter defunctum & heredem, ſi heres rem eſſe alienam ſciviſſet; quia hoc caſu heres furtum committere videbatur. Secùs in vſucapione, ſive præſcriptione rei immobilis; quia ejus rei furtum fieri non poteſt, *l. verum* 25. *ff. de furtis.* Iuſtinianus ergo in *l. vnica*, *Cod. de transform. vſucap.* voluit ſcientiam heredis non impedire vſucapionem rei mobilis, vt nec antea impediebat præſcriptionem rei immobilis; & conſequenter conjungi tempora inter defunctum, & heredem, in perficienda vſucapione rei mobilis.

* 10 INTER VENDITOREM QVOQVE] Si priſcum jus inſpiciamus, inter emptorem, & venditorem conjungi tempora non potuere; vt deprehendi poteſt ex *l. Pomponius*, §. *quæſitum*, *ff. de acquir. vel admitt. poſſ.* Opus ergo fuit ſpeciali conſtitutione, quam primi dederunt D. Severus & Antoninus.

§. XIII. Edicto divi Marci cavetur, eum qui à fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, poſſe dominum rei per exceptionem repellere. Conſtitutio autem divæ memoriæ Zeno-

nis bene prospexit iis qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum aliquid accipiunt, vt ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum ærarium vsque ad quadriennium liceat intendere iis, qui pro dominio vel hypotheca, earum rerum quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatâ Zenonianâ constitutione continentur.

De donationibus.

CAPVT VII.

EST & aliud genus acquisitionis donatio[1]. Donationum autem duo sunt genera: mortis causâ, & non mortis causâ.

DONATIO est genus acquisitionis civilis; quamvis enim origo prima à jure gentium repetenda videatur, tamen à lege Cincia, variisque constitutionibus Principum certam formam accepisse constat. Imper. Theodos. in *Novella de Theod. Cod. auctoritate*, pleraque recensens, quæ juris civilis diligentiâ constituta sunt, *Cùm liquidò pateat*, inquit, *quo pondere donatio deferatur, quâ actione petatur hereditas, quibus verbis stipulatio colligatur*, &c. Duo autem facit genera donationum, quamvis sint propriè tria, *l.* 1. *C. Theod. hoc tit.* quod & diversitas titulorum Codicis ostendit satis. Sed trimembris divisio sæpe in jure fit bimembris, vt suprà docui *lib.* 1. *tit. de cap. minutis.* Donatio ergo inter vivos continet donationem quæ sub modo, conditione, vel ex tempore fit, de qua in *tit. Cod. de donation. quæ sub modo.*

*[1] EST ET ALIVD GENVS ACQVISITIONIS DONATIO] Inspectô scilicet jure antiquo potiùs, quàm jure novo; nam jure antiquo donatio erat modus acquirendi; & vel mancipatione, id est imaginatiâ venditione per æs & libram; vel stipulatione, vel traditione perficiebatur. Iure autem novo donatio propriè civilis acquisitio non est; quia nudo consensu perficitur constitutione Iustiniani, quæ habetur in *l. si quis argentum*, §. *sin autem hoc nomine*, *Cod. hoc tit.* Nudus autem consensus dominium nec mutat, nec transfert, *l. in traditionibus*, *ff. de pactis.* Et hæc sententia fuit Cujacii *lib.* 10. *Obs. cap.* 28. à qua tamen postea recedere videtur in *priori nota* ad hunc locum, dum ait, donationem esse acquisitionem civilem ex constitutione Iustiniani: quod quâ ratione dici possit non video, nisi fortè quia donatio formam acceperit à constitutione Iustiniani.

§. I. Mortis causâ donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, vt si quid humanitus ei contigisset[2], haberet is qui accipit. sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnituisset: aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causâ donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia[3]. nam

quum prudentibus ambiguum fuerat [4], vtrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & vtriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant: à nobis constitutum est, vt per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causâ donatio est, quum magis se quis velit habere, quàm eum, cui donat: magísque eum cui donat, quàm heredem suum. sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo: *Ex Mart. l. 1. de mortis caus. donat.*

Πείραι᾽, οὐ γάρ τ᾽ ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα *Οδυσσ. ς.*
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι,
Λάθρῃ κτείναντες πατρῷϊα πάντα δάσονται
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ᾽ ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε,
Εἰ δὲ κἀγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

[1] SI QVID HVMANITVS EI CONTIGISSET] Donatio causâ mortis fit in casum mortis ejus qui donat, quo non existente obligatur donatarius donatori, *l. non omnis, ff. de rebus creditis, l. senatus, §. ergo, ff. de mortis causa donat.* ex quibus locis eruditissimè vetus interpres Odofredus notat in *l. pen. ff. de nautico fœnore*, hæc verba *si non convaluero*, pertinere ad donationem causâ mortis; hac enim conditione non existente, datur condictio donatori.

** [2] SI QVID HVMANITVS] Verbum humanitus spectat mortem, *l. Publia, ff. depositi*; quia nihil tam humanum est quàm mori. Ergo donatio causâ mortis est, quæ fit in casum mortis ejus qui donat, quâ non existente, obligatur donatarius donatori donatum restituere; quia qui donat causâ mortis, inquit Paulus in *l. senatus, §. ergo qui mortis causâ, ff. de mort. causâ donationibus*; *Qua parte se cogitat negotium gerit*, id est obligationem tacitè contrahit cum donatario: scilicet, vt quando convaluerit, reddatur sibi quod donavit, cogatúrque donatarius restituere condictione ob rem dati re non sequuta; donatoris enim morte confirmatur tantùm hæc donatio, *l. mortis 16. ff. eodem.* Ideóque perfecta non est, quamdiu mors donatarii præcedere potest mortem donatoris, & quamdiu donatio revocari potest, vel pœnitentiâ, vel convalescentiâ donatoris. Potest tamen fieri donatio causâ mortis triplici consideratione; primâ, cùm quis nullo metu præsentis mortis perterritus, sed solâ cogitatione mortalitatis donat: secundâ, cùm quis imminente periculo mortis ita donat, vt statim fiat accipientis: tertiâ, cùm quis periculo mortis non ita donat, vt statim fiat accipientis, sed cùm mors fuerit insequuta, *l. 2. ff. eod.*

[3] PER OMNIA] Quod ait *per omnia*, esse videtur à Triboniani manu; verba enim quæ præcedunt, *ad exemplum legatorum*, Paulus habet in *l. 2. ff. de public. in rem act.* & in *l. Marcellus, ff. de donat. causâ mortis*, in qua licet observare vestigia veteris controversiæ, quam profligavit Iustin. *l. vlt. C. eod. tit.* Sed quare vtitur hac taxativa particula, *fere*, videntur enim omnes differentiæ inter legata & mortis causâ donationes sensim sublatæ; & quæ notantur ab Accursio, vnâ forsitan exceptâ falsæ sunt, vt docet D. Cujac. *lib. 10. Obs. cap. 28.* & *tractatu 1. ad African.* ad *l. in mortis, ff. de mortis causa donat.* Et falsa quoque differentia Theophili, quam Accursius

cursius non prætermisit. An ergo ait *fere*; quia cessat hæc comparatio, si ab intestato mortis causâ donatum sit, vt eleganter Iurisconsultus ait in *l. si filius in fine, ff. de legatis præstand.* Quamvis enim & ad has donationes ex rescripto Gordiani, id est ex *l. 2. C. de donat. causa mort.* lex Falcidia pertinet; tamen remanet semper hæc differentia, legatum relinqui non posse ab intestato; quod tamen relinquitur testamento, vel codicillis testamento confirmatis, *l. codicillis, ff. de annuis leg. l. 31. ff. de leg. 1. l. 41. §. codicillis, ff. de leg. 3.*

* [4] NAM CVM PRVDENTIBVS AMBIGVVM FVERAT] Hujus ambiguitatis, & controversiæ vestigia observare licet, in *l. Marcellus, in fine, l. etsi debitor, ff. de mortis causâ donation. l. 2. ff. de Publiciana in rem act.* Quam postea Iustinianus profligavit in *l. vlt. Cod. eod. tit.* definiens mortis causâ donationes sortiri omnes effectus, quos habent vltimæ liberalitates. Vide Cujac. *lib. 10. Obs. cap. 28.*

§. II. Aliæ autem donationes sunt, quæ sine vlla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus: quæ non omnino comparantur legatis. quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem [5], quum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis [6] manifestaverit. Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis [7] voluit: vt etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus [8] volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum: constitutio nostra eam quantitatem vsque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa [9] ad vberiorem exitum donationum invenimus: quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, collegenda sunt. Sciendum est tamen, quòd etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines [10], in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstavimus certis ex causis eas revocare: ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.

* [5] PERFICIVNTVR AVTEM] Iure veteri, neque nudo consensu, & nudâ voluntate, neque literis sine scripto; sed vel verbis, id est stipulatione interpositâ, vel traditione perficiebatur donatio inter vivos: vel denique mancipatione solâ, id est imaginariâ venditione per æs & libram, *l. 4. Cod. Theod. de donationib.* Primus autem D. Pius voluit donationem nudo consensu perfici inter solos parentes & liberos, *d. l. 4. & 7. Cod. Theod. eod.* Iustinianus autem non solùm inter parentes & liberos, sed etiam inter quoscumque etiam extraneos, nudâ voluntate perfici donationem constituit, *l. si quis argentum, §. fin autem hoc minimè, Cod. hoc tit.* impositâ necessitate donatori rem donatam tradere, simul atque donata est.

[6] AVT SINE SCRIPTIS] Ex constitutionibus *Cod. Theod. hoc tit.* apparet scripturam in donatione fuisse necessariam, præsertim si donentur prædia vrbana, vel rustica; & hujus juris vestigia observare licet in *l. vnic. C. de suffragio.*

X.

7 NECESSITATEM TRADITIONIS] Subministrat hic locus validissimum argumentum Martino, contra Bulgari sententiam in veteri controversia, de qua glossa in *l.* 1. *ff. de actionib. empti.* Sed Martini sententiam hodie verissimam esse non dubitamus; quia à Paulo *lib.* 1. *Sent. tit.* 13. id ita nominatim scriptum est: *Si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, vt tradat, aut mancipet.*

* 8 INSINVARI EAS ACTIS INTERVENIENTIBVS] Olim nulla donatio indigebat insinuatione, id est nulla referenda erat in acta publica: insinuari enim nihil aliud est, quàm publicari coram Magistratu competente, & in publicas tabulas redigi. Primus tamen Constantinus Imp. voluit donationem omnem, tam inter vivos, quàm mortis causâ, insinuari oportere, *l.* 25. *Cod. hoc tit.* Post Constantinum autem Theodosius tantùm eas insinuari, quæ excederent quantitatem 200. nummorum, *l. vlt. Cod. Th. de sponsalib.* Iustinianus post Theodosium eas primùm, quæ excederent 300. aureos, *l. sancimus* 34. *Cod. hoc tit.* denique eas tantùm, quæ excederent 500. aureos, *l. pen. Cod. eod.* Hodie tamen magis vtimur constitutione Constantini, quàm Theodosii, aut Iustiniani; quia Principes nostri volunt omnem donationem insinuari, cujuscumque quantitatis sit.

9 ALIA INSVPER MVLTA] Quæ Cujac. colligit in *posteriorib. notis*: quibus adde quod Iustin. constituit in *l. si quis argentum*, §. *sed etsi quis*, *C. hoc tit.* vt valeat donatio generaliter vniversitatis bonorum, vel certæ partis, dimidiæ, puta, tertiæ, vel quartæ; quod olim non obtinuit: nam, vt docet *l.* 1. *Cod. Hermog. hoc tit.* generaliter bona donare non licebat, sed, vt ait *d.l.* 1. singulæ res nominandæ erant, quæ donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferebantur; quam elegantissimam differentiam juris veteris & novi, veteres interpretes percipere non potuerunt.

10 SI TAMEN INGRATI EXISTANT HOMINES] Hodie tamen donatio, quæ ex vetustissimo jure Francico apud nos recepta fuit, & fieri dicitur favore matrimonii, propter ingratitudinem alterius conjugum non revocatur; quia favore conjugii, & liberorum suscipiendorum fit, non favore conjugum. Et placet valde definitio hujus donationis à D. Cujacio tradita *lib.* 5. *Obs. cap.* 4. *Donatio favore matrimonii est, quæ alteri conjugum fit à parente, vel extraneo, conjugii, non conjugis nomine.*

* 10 SI TAMEN INGRATI EXISTANT] Ingratitudinis causæ enumerantur in *l. fin. Cod. de revocand. donat.*

§ III. Est & aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur: & tacitam in se conditionem habebat, vt tunc ratum esset, quum matrimonium fuerit insequutum. Ideóque ante nuptias appellabatur, quòd ante matrimonium efficiebatur, & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat Sed primus quidem divus Iustinus pater noster, quum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, etiam ante nuptias augeri donationem constante matrimonio, suâ constitutione permisit. sed tamen nomen inconveniens remanebat, quum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incremen-

tum. Sed nos pleniſſimo fini tradere ſanctiones cupientes, & conſequentia nomina rebus eſſe ſtudentes, conſtituimus, vt tales donationes non augeantur tantùm, ſed & conſtante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias, ſed propter nuptias [11] vocentur: & dotibus in hoc exæquentur, vt quemadmodum dotes conſtante matrimonio non ſolùm augentur, ſed etiam fiunt, ita & iſtæ donationes, quæ propter nuptias introductæ ſunt, non ſolùm antecedant matrimonium, ſed eo etiam contracto augeantur & conſtituantur.

[11] ET NON ANTE NVPTIAS, SED PROPTER NVPTIAS] Donationes quibus hodie vtimur in nuptiis contrahendis, quibus nempe ſuperſtiti conjugi ex conventione præſtatur aliquid; ab his donationibus longè differre docuit Theod. Balſamo Patriarcha Antiochenus ad *Nomocan. Photii, tit.* 13. *de laïcis, cap.* 4. Et ex Latinis Guido Papæ noſter *deciſ.* 565. vbi & barbarè *ſuper vitam* notat vocari: ideóque deberi etiam dote non ſolutâ, contra id quod de donatione propter nuptias à Iuſtiniano conſtitutum eſt, in *Nov.* 2. *cap. vlt.*

§. IV. Erat olim & alius modus civilis adquiſitionis per jus adcreſcendi, quod eſt tale: Si communem ſervum habens aliquis cum Titio, ſolus libertatem ei impoſuit, vel vindictâ, vel teſtamento: eo caſu pars ejus amittebatur, & ſocio adcreſcebat. Sed quum peſſimum fuerat exemplo, & libertate ſervum defraudari, & ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, ſeverioribus autem dominis lucrum adcreſcere, hoc quaſi invidiâ plenum, pio remedio per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus: & invenimus viam, per quam & manumiſſor, & ſocius ejus, & qui libertatem accepit, noſtro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore & antiquos legiſlatores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtum eſt) & eo, qui eam impoſuit, ſuæ liberalitatis ſtabilitate gaudente, & ſocio indemni conſervato, pretiúmque ſervi ſecundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

Quibus alienare licet, vel non.

CAPVT VIII.

ACCIDIT aliquando, vt qui dominus ſit alienare non poſſit: & contrà, qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat: Nam dotale prædium maritus invitâ muliere per legem Iuliam [1] prohibetur alienare, quamvis ipſius ſit dotis causâ ei datum [2]. quod nos, legem Iuliam corrigentes, in meliorem ſtatum deduximus. Quum enim lex in ſolis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant [3]: & aliena-

tiones inhibebat, quæ invitâ muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum [c], etiam volente eâ, vtrique remedium imposuimus, vt & in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio: & neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

* 1 PER LEGEM IVLIAM] Olim & ante legem Iuliam, quæ lata est ab Augusto, vt rectè docet prior nota Cujacii ad hunc locum, maritus tam in Italia, quàm in provinciis, res dotales invitâ muliere alienare poterat. In Italia quidem legitimis & civilibus modis, mancipatione scilicet, & in jure cessione; in provinciis autem naturali modo, & jure gentium, id est, corporali traditione sine vlla juris solemnitate. Sed quia dos constante matrimonio in vxoris dominio naturaliter permanet, licèt in bonis mariti subtilitate juris esse censeatur, *l. in rebus, Cod. de iure dot.* Et quia dos post solutum matrimonium tamquam res propria peti potest; lex Iulia fundum dotalem invitâ muliere alienari à marito prohibuit. Idque in Italia tantùm, non in provinciis, vt hîc dicitur, in quibus per consequens jus illud vetus, quo libera alienatio rei dotalis permittebatur, remansit. Licèt enim provinciales rerum suarum non essent domini, sed, vt Theoph. ait in §. *vocantur autem, suprà, de rerum divis.* haberent tantùm vsumfructum, & plenissimam detentionem; res tamen suas transferre poterant contractibus juris gentium, & ad heredes suos transmittere, vt Theophilus ait ibidem. Loquitur autem lex Iulia de fundo; quo nomine significatur non rusticum tantùm, sed etiam vrbanum prædium, id est domus dotalis, *l. dotale prædium, ff. de fundo dot.* Non etiam superficies, sive superficium; quia licèt superficies sit res immobilis, res tamen soli non est, vt colligi potest ex *l. si ex lapidicinis, ff. de jure dot.* Loquitur item lex Iulia de fundo dotali inæstimato, nam æstimati fundi alienatio prohibita non est, etiam invitâ muliere; cùm dominium hujus fundi, simul & periculum ad maritum pertineat emptionis jure, *l. æstimatæ res, ff. solut. matrim. l. fin. ff. de pact. dotalib.*

* 2 QVAMVIS IPSIVS SIT DOTIS CAVSA EI DATVM] Rectè, *dotis causâ*, nec enim maritus simpliciter, & naturaliter dominus est, sed subtili tantùm juris ratione, *d. l. in rebus, Cod. de jure dot.* Ideo enim dominus dotis dicitur, quia emolumentum dotis pro oneribus matrimonii percipit, & quia ei multa legibus concessa sunt, quæ non nisi domino concedi solent; veluti vt res dotales possit vindicare, *l. 9. Cod. de rei vindicat.* servos dotales manumittere, *l. etsi dotis, Cod. de jure dot.* iisdem auctor esse adeundæ hereditatis, vel repudiandæ, *l. servus dotalis, ff. soluto matrim.* postremò, rebus dotalibus vti vt suis. Dices: traditione dotis transfertur dominium jure naturali, § *per traditionem, suprà, de rerum divis.* Ergo maritus, non tantùm civiliter & fictione juris dominus est, sed naturaliter & revera; est enim traditio naturalis acquirendi modus. Respondeo, inspecto initio, ipsâ dotis traditione maritum dotis dominum jure naturali dici posse; inspecto autem effectu exituque, quo morte mariti, aut divortio soluto matrimonio dos redit ad mulierem, non esse dominum jure naturali, sed fictione juris. Cujacius *lib. 10. Obs. cap. 32.* Quamquam idem Cujacius ad *l. in rem, 23. ff. de rei vindicat.* dicat Iustinianum inconsideratè dixisse in *l. in rebus, Cod. de jure dot.* maritum esse dominum dotis jure civili, non naturali.

* 3 QVÆ ITALICÆ FVERANT] Res soli provincialis in dotem datas, ne vo-

lente quidem vxore alienari potuisse adnotavit hoc loco Cujac. & latiùs docuit in *recitationibus ad l. vnic. §. & cum l. Iulia, C. de rei vxor. actione.* Quod satis mirari non possum diligentiùs apud me reputans progressum hujus juris. Ante legem Iuliam maritus in Italia res dotales, etiam invitâ muliere alienabat, vtpote rei dotalis factus dominus subtilitate legum, vt loquitur *l. in rebus, C. de jure dot.* Idémque opinor in provinciis obtinuit; quamvis enim provinciales rerum suarum non essent domini, sed, vt Theoph. ait in *§. vocantur autem stipendiaria, suprà, de rer. divisione*, habebant tantùm vsumfructum, & plenissimam detentionem; res tamen suas transferre poterant contractibus juris gentium, & ad heredes transmittere, vt idem Theoph. rectè, & nominatim *hoc loco, Provincialibus rei dotalis interdicitur alienatio.* Nam, quod notandum, tempore hujus Iustinianeæ constitutionis, id est, *l. vnica, C. de rei vxor. actione*, non sustulerat Iustinianus rerum Italicarum, & provincialium differentiam. Est enim data Coss. Lampadio, & Oreste; lex verò vnica *Cod. de vsucap. transformanda*, quâ hæc differentia sublata est, lata est post consulatum Lampadii & Orestis. Vetus ergo jus illud, quo marito libera rei dotalis alienatio permittebatur, abrogavit lex Iulia de fundo dotali, quæ in provinciis locum non habuit. Vnde sequitur necessariò, in provinciis remansisse vetus illud jus, & potuisse provinciales res dotales alienare, etiam invitis mulieribus: nam si alienare non potuerunt, meliore conditione fuisse videntur post legem Iuliam provinciales res dotales, quàm res Italicæ. Et frustra, imò falsò Iustinianus primum auctorem se venditat hujus novi remedii, quo mulieribus plenissimè cautum esse ait, si id antè in provinciis obtinuit post ipsam leg. Iuliam: quod sanè tinnire non possunt verba quibus vtitur, *Vtrique, inquit, remedium imposuimus, vt & in eas res, quæ in solo provinciali posita sunt, interdicta sit alienatio*, quæ omnino convincunt, in solo provinciali antea alienationem non fuisse interdictam, quam hodie interdictam esse vult.

Sed diligentiùs excutiamus rationes, quibus fretus vir præstantiss. contrariam sententiam verissimam esse constanter affirmavit. Prima hæc fuisse videtur, quia hæc prædia provincialia constat fuisse res nec mancipi, nec justo alienationis genere alienari potuisse à provincialibus; quia domini non fuerunt. Huic objectioni jam vno verbo satisfactum, provinciales nominatim dici hoc loco alienare; quamvis propriè non sint domini, vt in *l. 2. & 4. C. Th. de donation.* vbi inter Italicum, & stipendiarium prædium, id est provinciale, notatur hæc differentia; Italicum transferri legitimis & civilibus modis, mancipatione, & in jure cessione; stipendiarium verò naturali modo, id est corporali traditione, sine vlla juris solemnitate. Et non minùs tamen effectu ipso alienari; quia ab vno ad alium transit jure certo, & irrevocabili, id est ex juris gentium contractibus, emptione, venditione, permutatione, cum similibus. Et si neque res proprias provinciales alienare potuerunt, ridiculum esset quærere, an potuerint res dotales alienare volente, vel invitâ muliere.

Secunda ratio Cujacii validior est, nec tamen vnicuique est in proclivi argumentum, quo vir doctiss. vtitur, animadvertere; hoc sic breviter confici potest. In Pandectis proposuit nobis Iustin. legem Iuliam emendatam, id est sublatâ omni memoriâ & mentione consensus mulieris, qui non potest hodie confirmare alienationem ex constitutione Iustiniani. remanserunt tamen species duæ tractatæ à veteribus Iurisconsultis, in quibus alienatio confirmatur consensu mulieris; quæ tamen species, inquit Cujac. olim procedere tantùm potuerunt in provinciis, in quibus, vt

hodie vbique, ne volente quidem vxore res dotalis alienari potuit; quibus casibus hodie, post emendationem Iustin. locus esse potest consensui, & voluntati mulieris, vt confirmetur alienatio. Nec aliâ mente hæc responsa Iurisconsultorum in Pandectis, quas nobis dedit Iustin. relicta fuerunt.

Prima species est in *l. si ex lapidicinis, ff. de jure dot.* quam non potuit, ait Cujac. tractare Iurisconsultus nisi in prædio provincialis soli, in quo ne volente quidem vxore potuit maritus alienare. Vendidit maritus ex lapidicinis fundi dotalis lapides qui non crescunt, & in fructu non sunt, vt rectissimè supplet Accurs. vel arbores quæ, vt Iurisconsultus nominatim ait, in fructu quoque non sunt; vel superficium ædificii dotalis, voleute & consentiente muliere. Hoc casu respondet Iurisconsultus, nummos ex ea venditione receptos dotis esse; & consequenter restituendos esse à marito. Valet ergo hoc loco venditio volente & consentiente muliere, quod procedere non potuit nisi in loco, quo solum ipsum ne volente quidem vxore alienari potuit, id est in provinciis; vt certissima differentia constituatur inter solum ipsum, & superficium. Si enim solum ipsum alienare potuit, & superficium multò magis: ei enim cui plus licet, & quod minus est sine vlla dubitatione licere debet. At in Italia potuit quod plus est, id est potuit ipsum solum alienare; ergo dubitari non potuit an ei liceret quod minus est; minus autem esse constat superficium alienare quàm solum. Quo argumento potissimùm vtitur Cujac. vt doceat Iurisconsultum non potuisse hac de re dubitare vel tractare, nisi ponamus speciem de fundo provinciali, qui omnino alienari non potuit. Et huic casui hodie quoque locus erit; quia post emendationem legis Iuliæ, generaliter tam in provinciis, quàm in Italia fundus dotalis alienari non potuit.

Respondeo, ex decisione Iurisconsulti satis constare, non in eo versari rationem dubitandi; nec quæri, vel tractari an procedat necne alienatio, quam pro constanti ponit procedere; quia lex Iulia ad res tantùm soli pertinebat: sed hanc esse quæstionem ex professo tractatam à Iurisconsulto, an nummi redacti ex hac venditione, dotales sint. Quamvis enim hæ res, vt Iurisconsultus ait, in fructu non sint, tentari tamen non insubtiliter potuit, pecuniam redactam ex hac venditione mulieris voluntate in fructu esse, & pertinere ad maritum; & permisisse hanc venditionem mulierem, vt fructus quidam ex re dotali pro oneribus matrimonii perciperetur. Et tamen contrà Iurisconsultus respondet, insuperhabitâ hac ratione dubitandi, nummos hac venditione receptos esse dotales.

Secunda species quâ dominus Cujac. vtitur, extat in *l. vlt. ff. de pact. dotalib.* & in *l. æstimatis, ff. soluto matrim.* de rebus æstimatis in dotem datis, additâ tamen deinde hac conventione, vt res æstimatas omnino restituere teneatur maritus si extent: quo casu res omnimodo restituendas esse constat, nisi à marito consentiente muliere alienatæ sint. Et hanc quoque speciem procedere tantùm in provinciis potuisse, non in Italia, contendit vir max. nam si inæstimatum fundum, qui non est periculo mariti, & qui propriè dotalis est, alienare maritus potuit consentiente muliere; multo magis, & sine vlla dubitatione potuit, eâdem muliere consentiente, alienare fundum æstimatum, qui dotalis non est, cùm sit periculo mariti. Bellissimè ergo hæc dubitatio procedere potuit in provincia, quia neque permittente muliere potuit alienare; vt hoc casu permittatur ei alienatio, quia fundus dotalis non est; quæ non permitteretur in fundo verè dotali.

Ad hanc objectionem idem fere quod suprà respondendum est, plusquam manifestum esse legem Iuliam ad dotem æstimatam non pertinere, quæ periculo mariti

est; quamvis rem æstimatam, si extet, præstare teneatur, quod nominatim Iustin. docet in *d. l. vnic.* §. *licet*, & §. *in fundo*. Et tamen hoc casu consensum mulieris desiderari; quia cùm ex pacto teneatur maritus rem omnimodo si extat præstare, hoc pactum remitti non potest sine consensu, vel ratihabitione mulieris. Vel, vt dicam explicatiùs, in alienatione hujus fundi æstimati, qui propriè dotalis non est, in quo locum non habet lex Iulia; consensum, vel ratihabitionem mulieris desiderat Iurisconsultus, propter conventionem nominatim interpositam de ipsa re præstanda, quæ nisi contrariâ conventione immutari non potest. Et huic ergo sententiæ & olim in Italia, & hodie vbique locus esse potest; quia fundus æstimatus dotalis non est, *d.* §. *licet*.

Ceterum, si in provinciis ante Iustinianum locum numquam habuit lex Iulia, quæ maritis primùm liberam rei dotalis alienationem interdixit; nulla potuit in provinciis oriri dubitatio de re in dotem data, an propriè dotalis sit, necne; an permittenda sit alienatio, vel prohibenda. Has enim distinctiones rei æstimatæ, & non æstimatæ; rerum mobilium, & immobilium; soli, & superficii, in hac quæstione etiam pueri vident notas fuisse post legem Iuliam, & in locis tantùm in quibus locum habere potuit. Et, vt te expedias ab his argumentis, necesse est vt dicas ante legem Iuliam, & in Italia ipsa consentiente muliere, permissam non fuisse marito omnino rei dotalis alienationem, quod falsum esse convinco duabus rationibus.

Prima hæc est, quia Iustin. ita loquitur: *Dotale prædium maritus invitâ muliere prohibetur alienare per legem Iuliam.* Quæ verba omnino hunc sensum admittunt, prohiberi maritum per legem Iuliam id facere, quod ante legem Iuliam licebat ei facere; nam si ante legem Iuliam marito interdicta fuit omnino alienatio, debuit lex Iulia non prohibere quod satis prohibitum erat, sed permittere alienationem consentiente muliere.

Secunda ratio desumi quoque potest ex Iustiniani verbis. Iustinianus hujus absolutæ prohibitionis primum se profitetur auctorem; quod falsum erit, si dicamus ante legem Iuliam hanc prohibitionem locum habuisse. Et si hoc esset verum, non grave ei fuisset dicere, quod sæpe aliàs solet, non se novum quoddam jus condere, sed antiquum restituere. Et tamen contrà in *d. l. vnica*, §. *in fundo* nominatim ait, se imperfectum jus ex lege Iulia, quæ nempe invitâ muliere prohibuit tantùm alienationem, plenissimum facere; dum absolutè prohibet, ne liceat omnino alienare, quod ante Iustinianum non obtinuit.

* 4 HYPOTHECAS AUTEM EARUM RERUM] Quare, inquies, alienatio fundi dotalis volente muliere permittebatur lege Iuliâ, obligatio autem, seu oppigneratio eâdem volente, & consentiente prohibebatur? Ratio diversitatis hæc est; quia mulier faciliùs consentit obligationi fundi dotalis, quàm alienationi; propterea quòd obligatio non mutat dominium rei. Itaque lex Iulia putavit citiùs occurrendum esse periculo leviori quidem, sed eo nomine majori; vtpote quo posset citiùs mulier circumveniri. Sic senatusconsultum Velleianum opitulatur mulieri obligatæ pro alio, non opitulatur donanti; quia pronius est, & proclivius ad obligandum se, *l.* 4. *ff. ad Senatusconsultum Velleian.* Quare tenax dicitur genus mulierum.

§. I. Contrà autem creditor[5] pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quòd volun-

tate debitoris intellegitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est[6], vt liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostrâ constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore vtrique parti creditorum & debitorum, satis, abundéque provisum est.

[5] CONTRA AVTEM CREDITOR] Etsi pignus in bonis debitoris maneat, *l. pignus, Cod. de pignerat. act.* alienatur tamen à creditore, sive ex conventione initio interposita inter creditorem & debitorem, *l. si convenerit, ff. eod.* sive etiam citra conventionem, eo modo qui describitur à Iustiniano in *l. fin. Cod. de jure dom. impetr.* Sed & hoc optimâ ratione fit, vtroque enim casu pignus ex voluntate debitoris vendi intelligitur. Sanè, cùm ita convenit, non est dubium: quin & citra conventionem ex voluntate debitoris alienatur; nam cùm creditori lex aliter non concedat distrahere, quàm sæpius vocato debitore, fere est vt debitor, qui moram facit in luendo pignore, pignus alienet.

[6] AB INITIO CONTRACTVS PACTVS EST] Vel pactus intelligitur etiamsi nominatim nihil convenerit, *l. 4. & 5. ff. de pignerat. actione.* inutile enim pignus est, quod creditori vendere non licet. Et ideo quæsitum fuit vtrum valeat hæc pactio, ne liceat creditori pignus vendere; videtur enim esse contra naturam, & jus pignoris. Et tamen obtinuit valere hanc conventionem cum hoc temperamento, vt non possit vendere creditor, nisi post trinam denuntiationem, *d. l. 4.* & apud Paulum *lib. 2. Sent. tit. 5.* Et hoc est ni fallor quod Martianus scribit in *l. si creditor, §. vlt. ff. de distract. pignor.* Vbi verba transposita sic omnino restituenda aliàs diligentiùs confirmabo. *Si pactum sit à debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere.* Recepta enim lectio meritò suspecta fuit veteribus, vt docet Accursii glossa.

§. II. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, vllam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideóque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem[7], quia pecuniam non facit accipientis. ideóque nummos vindicare possunt, sicubi extent. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bonâ fide consumpti sunt, condici possunt: si malâ fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate rectè dari possunt. Ideóque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioquin non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissimâ ratione statutum est in constitutione quam ad Cæsarienses[8] advocatos ex suggestione Tribuniani viri eminentissimi Quæstoris sacri palatii nostri promulgavimus: quâ dispositum est ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, vt priùs judicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat. quo subsequuto si & judex pronunciaverit, & debitor solverit, se-

Ex Paulo l. 15. de solut.

sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quàm disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior [9] fit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quòd si aut malè consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur: quia temere, sine tutoris auctoritate, & non secundùm nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

* 7 NON CONTRAHIT OBLIGATIONEM] Quia mutui datio est alienatio, *l. 2. §. appellata, & §. in mutui, ff. de rebus credit.* & alibi passim.

* 8 CONSTITVTIONE QVAM AD CÆSARIENSES] Extat hæc constitutio in *l. sancimus 25. Cod. de administrat. tutor.* Quamquam malè hîc quidam dixerit non extare, illámque, de qua in *d. l. 25.* diversam ab ista; quòd illa scripta sit ad Iohannem Præfectum Orientis & Illyrici, ista ad Cæsarienses advocatos. Sed fortè non advertit, sæpe solitos fuisse Imperatores interrogatos ab advocatis, rescripta sua, seu constitutiones ad Magistratus, qui his locis præerant dirigere; vt colligitur ex variis Principum rescriptis, quibus litis alicujus disceptandæ causâ rescribebant.

9 AVT EX EA LOCVPLETIOR] Locupletior hoc casu intelligitur, si pauperior non sit factus, *l. in pupillo, ff. de solution.* Nec tamen semper & indistinctè, quamvis pecunia in rem pupilli versa sit, intelligitur factus locupletior, si quod versum est non durat versum, vt loquitur *l. vtrum, ff. de petit. hereditat.* Et valde notandum est ex *l. fine 32. §. interposito, ff. de administrat. tutor.* aliud esse pupillum meliorem, & locupletiorem esse tempore quo agitur; aliud verò in rem ejus pecuniam fuisse versam, ex qua tamen hodie non apparet locupletior. quod & in donatione inter virum & vxorem hodie observatur; vt non intelligatur locupletior maritus, quamvis pauperior non sit factus, *l. si sponsus, §. concessa, l. quod autem, §. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.* Bifariam ergo quis dici potest factus locupletior: & cùm pecunia simpliciter in rem versa fuit, nec tamen durat versa; quia inutiliter postea eam consumpsit: & cùm durat versa, & revera eo tempore quo agitur melior est, & res extat, id est revera locupletior est; quia res ejus auctior adhuc extat. Primo genere sufficit factum esse pupillum locupletiorem, cùm quæritur de liberatione debitoris qui pupillo solvit, vt hoc loco, & in *d. l. in pupillo*; quia sufficit ad liberationem debitoris, pecuniam solutam simpliciter versam fuisse in rem pupilli. At cùm quæritur an pupillus acceptâ pecuniâ, sit obligatus sine tutoris auctoritate; tentari potest pecuniâ consumptâ, & versâ in rem pupilli, id est si in rem pupilli ab initio versa sit, nec duraverit versa, sed postea consumpta sit, pupillum naturaliter obligari. Si verò duraverit versa, & revera locupletior factus sit pupillus, & res adhuc cùm adversus eum agitur extet; tunc non naturaliter tantùm, sed etiam civiliter ex constitutione D. Pii obligatus videtur, *l. 3. § pupillus, ff. de negot. gest.* Et ita forsitan sunt conciliandæ tot contrariæ leges de naturali obligatione pupilli suprà à me adnotatæ *lib. 1. tit. de auctorit. tutor.* Hæc autem tam variè; quia vt ait *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & act.* faciliùs admittitur liberatio, quàm obligatio.

Per quas personas nobis adquiritur.

CAPVT IX.

ADQVIRITVR nobis non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus: item per servos, in quibus usumfructum habemus: item per homines liberos, & servos alienos, quos bonâ fide possidemus, de quibus singulis diligentiùs dispiciamus. *Ex Caio l. 10. de acquir. rer. dom.*

IVS illud summum parentum & dominorum, in filios & servos, duobus potissimùm capitibus constabat, vitæ necisque potestate, & rerum omnium acquisitione, *l.* 1. §. 1. *ff. qui sunt sui vel al. jur.* Primum caput suprà *lib.* 1. docuimus fuisse abrogatum; secundo verò hic titulus docet valde fuisse derogatum, & fere in omnibus jus potestatis parentes amisisse, ut loquitur *l.* 2. *C. de bonis maternis.*

§. I. Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis [1]) hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione [2]. & hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii filio [3], vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant adplicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissâ, & liberis pepercimus, & patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundùm antiquam observationem totum parenti adquirat. Quæ enim invidia est [4], quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit: hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne quod ei suis laboribus, vel prosperâ fortunâ accessit, hoc ad alium perveniens luctuosum ei procedat.

* [1] EXCEPTIS CASTRENSIBUS PECULIIS] Peculium generaliter nihil aliud est, quàm pusillum illud patrimonium, quod filius, vel servus habet separatum à paternis, vel dominicis rationibus, *l. depositi*, §. *fin. ff. de peculio*, & alibi passim. Estque quadruplex si filiumfamilias respicias; nimirum profectitium, castrense, quasi castrense, & adventitium: si servum, profectitium tantùm. Profectitium est, quod à patre, vel domino proficiscitur. Castrense, quod filiusfam. occasione armatæ militiæ acquirit in castris, *l.* 11. *castrense, ff. de castrensi pecul. l. si filius, C. fam. ercifcund.* Quasi castrense, quod filiusfam. occasione militiæ togatæ, & cælestis acquirit, ad similitudinem castrensis peculii, *l. ult. Cod. de inoffic. testam.* Adventitium denique, quod aliunde quàm ex prædictis causis proficiscitur. Et olim quidem, id est ante constitutiones Imperatorum, filius patri omnia acquirebat, etiam castrensia, & quasi castrensia: sed postea indulgentiâ Principum privilegio militiæ armatæ hoc primùm datum est, ut filiusfam. quicquid acquireret occasione

ejusdem militiæ, sibi soli acquireret, non patri. Postéa autem exemplo militiæ armatæ, privilegium hoc ad militiam togatam, & cælestem porrectum est, sive ad quasi castrense peculium; vt nimirum in eo, sicut & in castrensi, filiifam. pro patribusfam. haberentur, & de his omnibus peculiis liberè testari possent, *d. l. fin. Cod. de inoffic. testamento*, *l. 6. Cod. de bonis quæ liber.* Ideóque constitutionibus Principum peculium castrense, & quasi castrense totum est filiorumfam. Peculium autem paganum, quod profectitium, & adventitium continet, jure quidem antiquo sine vlla distinctione totum ad patrem pertinebat; sed huic juri sensim derogatum est in adventitio peculio, id est in adventitiis bonis. Imprimis enim Constantinus Imper. noluit bonorum maternorum filio quæsitorum dominium acquiri patri, sed tantùm vsumfructum quamdiu viveret, *l. 1. Cod. de bonis matern.* Deinde his etiam adjecit Arcadius Imper. bona materni generis, *l. 2. Cod. eod. tit.* Tum his Theodosius lucra nuptialia, *l. 1. Cod. de bonis quæ liber.* Pòst eis adjecit Leo lucra sponsalia, *l. 5. Cod. eod.* Et tandem eò paulatim ventum est, vt eodem jure censerentur esse omnia bona adventitia, *l. 6. cùm oportet, Cod. eod.* Ibi enim generaliter constituit Iustinianus, vt nullorum bonorum adventitiorum dominium acquiratur patri per filiumfamil. aut filiamfam. sed vsusfructus tantùm.

2 SINE VLLA DISTINCTIONE] Bonorum maternorum, & materni generis; ex matrimonio, vel sponsalibus quæsitorum; profectitiorum, & adventitiorum; de quibus in *l. 1. & 2. C. de bonis matern. l. 1. 2. 3. 4. 5. C. de bonis quæ liberis.*

3 ALII FILIO] Quod etiam gravius multis esse videtur, *l. cùm oportet in princ. C. de bonis quæ liberis.*

4 QVÆ ENIM INVIDIA EST] Hoc in dote, & donatione profectitia ab Impp. Theodos. & Valentin. jam antea fuerat constitutum, *l. 2. C. de bonis quæ liber.* additâ hac elegantiss. ratione, ne hac injectâ formidine, parentum circa liberos munificentia retardetur.

§. II. Hoc quoque à nobis dispositum [5] est, & in ea specie, vbi parens emancipando liberum ex rebus, quæ adquisitionem effugiunt, sibi tertiam partem retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, vt filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudetur: & quod honoris ei ex emancipatione additum est, quòd sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideóque statuimus vt parens pro tertia eorum bonorum parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed vsusfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidiâ potiturus.

5 HOC QVOQVE A NOBIS DISPOSITVM] *D. l. cùm oportet, §. cùm autem Constantiniana.* Constantini enim lex, quæ extat integra in *l. 1. Cod. Theod. de bonis maternis*, tertiam partem parenti retinere permittebat ex bonis, quæ ad filium ex successione matris beneficio ejusdem legis pertinebant, pro præmio emancipationis. Idque in ceteris bonis, novissimis constitutionibus filio delatis locum habuit, vt docet *l. pen. C. Theod. eod. tit.* Et hoc est igitur quod ait Iustin. *hoc loco*, ex rebus quæ acquisitionem effugiunt.

§. III. Item nobis adquiritur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur [6], vel ex qualibet alia causa adquirant. Hoc enim nobis & ignorantibus & invitis [7] obvenir. Ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit [8], non aliàs nisi nostro jussu [9] hereditatem adire potest. Et si nobis jubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac si nos ipsi heredes instituti essemus. Et convenienter scilicet nobis legatum per eos adquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, nobis adquiritur, sed etiam possessio [10]. Cujuscumque enim rei [11] possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur. Vnde etiam per eos vsucapio [12], vel longi temporis possessio nobis accedit.

Ex Caio l. 10. §. 1. de acquir. rer. dom.

* [6] SIVE QVID STIPVLENTVR] Nec interest vtrum sibi, vel domino, vel impersonaliter sine alterutrius adjectione stipulentur, *l. 1. l. sive mihi, ff. de stipulat. servor.* §. 1. *infrà, eod. tit.* Perinde enim est ac si dominus stipulatus fuisset, *l. 45. ff. de verb. oblig.*

* [7] NOBIS ET IGNORANTIBVS ET INVITIS] Imò palam vetantibus servos stipulari, *l. servus vetante 62. ff. de verb. oblig.* Quia cùm servi nihil proprium habere possint, ne momento quidem temporis in eorum persona consistit quod acquirunt, sed juris necessitate statim transit ad dominos, *l. placet, ff. de acquir. vel omit. heredit.*

* [8] SED SI HERES INSTITVTVS SIT] Alia est causa hereditatis, alia stipulationis, donationis, & legati. Hereditas enim non aliter nobis acquiritur per eos quos habemus in potestate, quàm si eam adire jusserimus, *l. si quis mihi, §. jussum, ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Ratio est; quia inviti hereditati, & æri alieno obligaremur, efficeremur enim heredes inviti per servos; semel enim effecti, desinere esse heredes non possumus, *l. ei qui solvendo, ff. de heredib. instit.* atque ita æri alieno obligaremur inviti, quod nec juris, nec æquitatis ratio patitur.

[9] NOSTRO IVSSV] Qui præcedere debet, *l. si quis mihi, §. jussum, ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

* [10] SED ETIAM POSSESSIO] Non tamen invitis, vt dominium, & proprietas; quia possessio naturaliter, non civiliter acquiritur, id est quia possessio magis in facto, quàm in jure consistit, *l. ea quæ 53. ff. de acquir. rer. dom.*

[11] CVIVSCVMQVE ENIM REI] Sive mobilis, sive immobilis. Et ita quod ait, *per eos vsucapio, vel longi temporis possessio*, &c. Quæ verba constat esse à manu Triboniani, ex *l. 10. §. non solum, ff. de acquir. rer. dom.* Quod, inquam, ait, *vsucapio*, accipiendum est de re mobili; & quod ait, *longi temporis possessio*, de re immobili; ex his quæ suprà docui ad *tit. de vsucapionib.* Sed rectè monet Accurs. ex causa peculiari tantùm procedere ignorantibus vsucapionem, quamvis ex omnibus causis acquiratur etiam ignorantibus possessio, *l. 3. §. vlt. ff. de acquir. possess.* & *l. ea quæ 53. ff. de acquir. rer. dom.* Quod verissimum esse constat ex *l. 1. §. item acquirimus, l. peregrè, §. quæsitum est, ff. eod. tit. de acquir. vel omitt. poss. l. 2. ff. pro soluto.* quæ aliàs est *l. 47. ff. de vsurp. & vsuc.* Nec obstat *l. nunquam, §. si servus, ff. eod. tit. de vsurp.* quia, vt eruditissimè Accurs. cujus sententiam randem probavit Cujac. quod ait *vsucapionem*, referendum est ad causam peculiarem.

*[11] VNDE ETIAM PER EOS VSVCAPIO] Vt ignorans vsucapiat pater vel dominus, per filium vel servum; in peculiaribus tantùm receptum est rebus. Idque jure singulari, & ratione hac elegantissimâ; ne scilicet cogantur patres, vel domini per singula momenta species, vel causas peculiorum sciscitari vel inquirere, *l. peregrè, §. quæsitum, ff. de acquir. vel omitt. possess.* Id est quæ res sint in peculio, quo jure, quóve titulo possideantur. Dices: *d §. quæsitum* loquitur nominatim de possessione, non de vsucapione. Respondeo: possessionis verbo magis significatur effectus possessionis, id est vsucapio, quàm possessio ipsa; possessionem enim glossæ interpretantur vsucapionem. Imò Iurisconsultus in *l. denique, ff. ex quibus causis majores*, vsucapionem vocat possessionem, dum ait possessionem sine possessione consistere non posse; alioquin derisoria planè esset illa lectio.

§. IV. De iis autem servis, in quibus tantùm vsumfructum habemus, ita placuit: vt quicquid ex re nostra, vel ex operibus suis adquirant, id nobis adjiciatur: quod verò extra eas causas persequuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatúmve quid ei, aut donatum fuerit, non vsufructuario, sed domino proprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à nobis bonâ fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de vsufructuario, idem placet & de bona fide possessore. Itaque quod extra istas duas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor quum vsuceperit servum (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest. Fructuarius verò vsucapere non potest. primùm quia non possidet, sed habet jus vtendi fruendi: deinde quia scit servum alienum esse. Non solùm autem proprietas per eos servos, in quibus vsumfructum habemus, vel quos bona fide possidemus, aut per liberam personam, quæ bonâ fide nobis servit, nobis adquiritur: sed etiam possessio. Loquimur autem in vtriusque persona secundùm diffinitionem, quam proximè exposuimus, id est, si quam possessionem ex re nostra, vel ex suis operibus adepti fuerint.

Ex Caio l. 10. §. de his. de acq. rer. dom. quem explicat Vlp. l. 21. & seq. de vsufruct.

§. V. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque nostro juri subjectos habemus, neque bonâ fide possidemus: item per alienos servos, in quibus neque vsumfructum habemus, neque possessionem justam, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solùm scientibus, sed & ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundùm divi Severi constitutionem[13]: & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit: vel vsucapionem[14], aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

[13] SECVNDVM D. SEVERI CONSTIT.] Hoc novum jus hoc loco reperit Iustin. ex constitutione Severi, vt Vlp. in *l. solutum*, §. *per liberam*, *ff. de pignerat. act.* Et extat constitutio in *l. 1. C. de acquir. possess.* Sed observandum est, & ante Severum auctoritate prudentum id admissum, *l. 41. ff. de vsurp. & vsucap.* Et vt omnis ratio dubitandi tollatur, hoc & Severum comprobasse docet Iustin. Et ita, quod Iurisconsultus ait in *l. 4. ff. de vulg. & pupillari subst. Iam hoc jure vtimur ex constitut. D. Marci*, etiam ante hanc constitutionem receptum fuit prudentum auctoritate. Nec enim potuit aliter trahere hoc jus D. Pius, qui imperavit ante D. Marcum, ad tertium genus substitutionis. Et quod ait *l. licet 74. ff. de leg. 1.* ex constitutione Severi legata relicta ab instituto, tacitè intelligi repetita à substituto; etiam ante Severum, ex conjectura voluntatis veteres Iurisconsulti Iulianus, Celsus, Caius, multis casibus admittebant, quod mitor negasse Cujacium.

* [14] VEL VSVCAPIONEM] Addenda sunt hæc verba huic loco, *si scientia domini intervenerit*, ex constitutione Severi in *l. 1. Cod. de acquir. possess.* Vsucapio enim non acquiritur domino ignoranti, per procuratorem, *l. possessio 49. §. fin. ff. eod. tit.*

§. VI. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res nobis adquirantur. nam legatorum jus, quo & ipso jure singulæ res nobis adquiruntur: item fideicommissorum, vbi singulæ res nobis relinquuntur, opportuniùs inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per vniversitatem res adquiruntur. Si cui ergo heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, vel si quem adrogaverimus, vel si cujus bona libertatum conservandarum causâ nobis addicta fuerint: ejus res omnes ad nos transeunt. Ac priùs de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est. nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent. Et prius est, vt de his dispiciamus quæ ex testamento nobis obveniunt. qua in re necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.

De testamentis ordinandis.

CAPVT X.

TESTAMENTVM ex eo appellatur[1], quòd testatio mentis est.

TITVLVS est de testamentis ordinandis secundùm regulas juris. Legibus enim certis quilibet testari debet, *l. testandi, C. hoc tit.* Civis Rom. adhibitis solemnibus Jure civili populi Rom. introductis: Peregrinus secundùm leges civitatis suæ, vt Vlp. docet *lib. sing. reg. titulo de testamentis*, vbi particulam, *adversus*, pro *secundùm* positam D. Cujac. monet; & confirmat vetus Grammaticus Agrætius his verbis, *Adversum te, adversarius; adversus te, imitator*; est ergo secundùm te. Et valde notandum peregrini testamenrum valere lege peregrinâ, cujus etiam ex jure Rom. rationem haberi docet vetus Vlp. fragmentum editum ex Dorothei magistri Gram-

matica, *in fine collat. legis Mosaica cum l. Rom.* Imò speciali privilegio, & consuetudine patriæ solemnitas juris communis remitti potest, *l. si non speciali, C. hoc tit.* Est autem patria duplex, vna originis, altera domicilii; & domicilii potiùs locum spectandum esse nominatim Isocrates scribit in *Æginetico.*

Porro rectè ex d. l. Cujacius notat, in faciendo testamento testatorem privilegium, & mores patriæ spectare debere, non situm bonorum. in successione tamen, ex communi Doctorum sententia, separanda sunt bona quæ diverso jure reguntur; nec jus quod servatur Tolosæ, trahere quis potest ad bona quæ sunt extra Tolosam, si alio forsitan jure regantur : fieri enim non potest, vt privati hominis voluntas jus publicum, quo bona quæ alio loco possidet reguntur, immutare possit. Nec obstat quod D. Cujac. objicit in *consult.* 25. contrariam Pauli Castrensis sententiam probans ad *l. si fideicommissum, ff. de judiciis*, in hereditatem defuncti neminem diverso jure vocari, neminem partim testatum, partim intestatum decedere posse. Hæ enim regulæ juris facilè vitiantur, propter diversam naturam bonorum : verbi gratia, pupillus adrogatus in bonis à patre adrogatore profectis, testamentarium heredem habere potest; in propriis verò legitimum, *l. si adrogator, §. 1. ff. de adoption. l. sed si plures, §. in adrogato, ff. de vulg. & pupill. substit.* Eádémque ratione bona, quæ diverso jure quis possidet, diverso quoque jure ad successores pervenire : quam decisionem audio quibusdam senatusconsultis fuisse confirmatam, contra sententiam Castrensis, & Cujacii.

* INSCRIBITVR hic titulus, de testamentis ordinandis; quia testamenta solemnitatem ordinationis desiderant, id est secundùm regulas juris fieri debent. Nec enim testari quilibet suo arbitrio potest, sed certis legibus, *l. testandi, Cod. de testam. & quemadm. testam. l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. Nec obstat quòd testamentum juri gentium adscribatur à Theophilo, suprà, *de jure naturali gent.* Id enim verum est, si animorum affectionem inspicias, ex qua primùm orta testamenta etiam Tullius scribit *lib. 3. de finib.* Si autem formam testandi, quæ diversis in civitatibus alia atque alia est : testamentum rectè juris civilis est, non juris gentium. Quò fit, vt quisque civitatis suæ legibus testamentum facere debeat, Romanus Romanis, Siculus Siculis. Hinc etiam veterum in ordinandis testamentis adeò diligens, & exacta observatio; vt sine jurisperito vix quisquam testamentum facere auderet, *l. Lucius* 88. *§. vlt. ff. de leg.* 2.

* 1 TESTAMENTVM EX EO APPELLATVR] Non propria hîc testamenti definitio, sed annotatio, & allusio tantùm proponitur, quam sumpsit Iustinianus ex *lib. 2. Servii Sulpicii de testamentis*, apud quem id totidem verbis scriptum fuisse Gellius ait *lib. 6. cap.* 12. Cui tamen notationi, & allusioni vehementer succenser, ex veteribus idem Gellius, ex recentioribus Laurentius Valla : nam si testamentum ita appellandum sit, inquiunt, quòd sit compositum à testatione, & mente; quid calceamentum; quid pavimentum, & alia mille per hujusmodi formam producta? Sed respondeo, notationes Iurisconsultorum diversas esse à notationibus Grammaticorum, qui cùm de verbis tantùm agant, ex iisdem notationes suas deducunt; Iurisconsulti autem cùm de rebus, ex rebus ipsis deducunt : itaque notatione testamenti hîc, & apud Servium, non intelligitur verbi proprietas, sed natura rei. Est autem natura testamenti, vt mens & voluntas testatoris declaretur coram testibus; ideóque hîc testatio nihil aliud est, quàm probatio, & declaratio mentis coram testibus facta. Ab hac igitur testatione mentis rectè testamentum appellatum est; perinde ac si dixisset Iustinianus, testamentum appellatum est id, quo quis adhibitis testi-

bus mentem suam testatur, & declarat; mens enim testatoris, & ejus testatio, id est mentis & voluntatis probatio coram testibus facta, præcipuè attenditur in testamento. Porro testamentum cùm varii variè definiant, receptior est definitio Modestini in *l. 1. ff. qui testam. fac. poss. Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Et rectè, *post mortem suam*; quia non valet testamentum, nisi post mortem testatoris: vnde D. Paulus *epist. ad Hebræos, cap. 9. Vbi testamentum est, mors testatoris intercedat necesse est, testamentum enim in mortuis confirmatur:* nihílque ex eo peti potest ante mortem testatoris, nec libertas quidem; licèt post annum quo testamentum factum erit, servus liber esse jussus sit, *l. qui duos in fin. ff. de manumiss. testam.*

§. I. Sed vt nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in vsu fuisse: quorum altero in pace & in otio vtebantur, quod calatis comitiis [2] appellabant, altero quum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur [3]. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram: scilicet quod per mancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod verò per æs & libram fiebat, licèt diutius permansit, attamen partim & hoc in vsu esse desiit [4].

* [2] CALATIS COMITIIS] Solere càlata comitia pro collegio Pontificum haberi, & in his inter cetera à civibus Rom. testamenta condi, auctor est Gellius *lib. 15. cap. 27.* idque bis in anno tantùm, & tempore pacis hoc fere modo. Convocabat præco in comitium vniversum populum, atque ibi qui volebant testari, populo audiente voluntatem suam supremam proponebant, obtestabantúrque Quirites, vt eam ratam haberent.

* [3] QVOD. PROCINCTVM DICEBATVR] Testamentum procinctum, vel, vt veteres dicebant, *endocinctu*, id est in procinctu, ita appellatum est; quia succincti, & procincti milites, jamjámque ad conflictum ituri, illud nuncupabant præsentibus commilitonibus. Et rectè succincti & procincti; quia milites non nisi cincti adhibebantur militiæ, more primùm deducto à Gabiis, teste Servio in illud Virgilii 7. Æneidos:

Ipse Quirinali trabea, cinctúque Gabino
Insignis.

Cùm Gabii, inquit, *Campaniæ civitas sacris operaretur, bellum subitò venit, tunc cives accincti togis suis, ab aris ad bella profecti sunt, & adepti victoriam; propter quod omentali habitu semper vtebantur in bello.*

[4] PARTIM ET HOC IN VSV ESSE DESIIT] Valde notanda sunt, quæ hoc loco ex veteri jure Theoph. adnotavit. Primùm, familiæ emptorem heredem fuisse. Deinde, alium fuisse familiæ emptorem, alium verò heredem, quem seorsim in tabulis testatores scribebant: in eóque testamento duæ res agi cœperunt, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti in quo heres scriptus erat, auctore Vlp. *lib. Reg. d. tit. de testamentis.* Sed & aliquando palam, non secretò heres nuncupabatur, vt docet hic Suetonii locus in *vita Horatii*, *Decessit herede Augusto palam nun-*

nuncupato : cùm vrgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas. Ex hoc ergo veteri testamento retinemus hodie nuncupationem, quæ ex jure civili fieri dicitur in *§. vlt. hoc tit.* & *l. 2. C. de bonor. possess. secundùm tab.* Et hoc est quod ait hoc loco, *Partim in vsu esse desiit*; quia ex duabus partibus mancipatione, & nuncupatione, quibus hoc testamentum constabat, vnam tantùm retinemus, id est nuncupationem cum solemnibus quibusdam.

§. II. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur: postea verò ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur: sed septem testium signa sufficiebant, quum jure civili signa testium non erant necessaria.

§. III. Sed quum paulatim, tam ex vsu hominum, quàm ex constitutionum emendationibus cœpit in vnam consonantiam jus civile & prætorium jungi: constitutum est, vt vno eodémque tempore[5], quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis[6], & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Prætoris signacula testamentis imponerentur, vt hoc jus tripertitum esse videatur, vt testes quidem & eorum præsentia vno contextu testamenti celebrandi gratia, à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris & testium, ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem & testium numerus, ex edicto Prætoris.

[5] VNO EODEMQVE TEMPORE] Quo nempe mancipatio cum nucupatione celebratur, quæ vltima contestatio dicitur ab Vlp. *l. qui testamento, §. & veteres, ff. qui testamenta facere possunt.* Hæc ergo solemnitas etiam in testamento quod jure mixto fit observatur, *l. 9. 12. & 21. C. hoc tit.* Quæ tamen remittitur testatoribus contagioso morbo oppressis, in *l. casus, C. eod. tit.* Sic enim in d. l. legendum esse olim Berengarius Fernandus Antecessor noster docuit. malè vulgò *testes hujusmodi morbo oppressos*; & in fine legis legendum quoque est *convenientis numeri*, non conveniendi. quas emendationes confirmant auctores Basilicorum, vt D. Cujac. docuit. *lib. 26. Obs. cap. 10.* qui *d. leg.* de testatore morbo affecto, non de testibus, quod ridiculum est, accipiunt.

* [6] SEPTEM TESTIBVS ADHIBITIS] Septem testes regulariter præter & supra notarium sunt necessarii; exceptis quibusdam casibus, vt in testamento à patre facto inter liberos, *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, Cod. hoc tit.* in testamento ad pias causas, *cap. relatum extra hoc tit.* in testamento quod coram Principe factum est, & insinuatum, *l. omnium, Cod. eod.* His enim casibus septenarius testium numerus non est necessarius. Quinimò in testium numero adhibendo plurimum potest mos cujusque civitatis, vt Tolosæ sufficiunt duo testes, & tabellio. Et Græci ad *l. 2. ff. vnde liberi*, scribunt hunc morem fuisse in Oriente, vt sufficiant quinque testes, maximè ruri. Invenies quoque in *l. vlt. Cod. hoc tit.* antiquam rusticanorum consuetudinem vicem legis obtinere, qui tamen adhibent certum modum.

§. IV. Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, vt nulla fraus adhibeatur, hoc additum est: vt per manum testatoris[7] vel testium nomen heredis exprimatur, & omnia se-

cundùm illius constitutionis tenorem procedant.

* 7 VT PER MANVM TESTATORIS] Hoc primùm constituit Iustin. in *l. jubemus, Cod. hoc tit.* deinde abrogavit, *Novell.* 119. *cap.* 9.

§. V. Possunt autem omnes testes & vno anulo signare testamentum. quid enim si septem anuli vna sculptura fuerint, secundùm quod Pomponio visum est? Sed & alieno quoque anulo licet signare.

§. VI. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est: neque ii quos leges jubent improbos intestabilésque esse, possunt in numero testium adhiberi. *Ex Caio l. 6. & 7. qui testam. facere poss.*

§. VII. Sed quum aliquis ex testibus [8] testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea verò servus apparuit [9]: tam divus Hadrianus Catonio Vero, quàm postea divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, vt sic habeatur, atque si vt oportet factum esset: quum eo tempore, quo testamentum significaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset, qui status ei quæstionem movisset.

* 8 SED CVM ALIQVIS EX TESTIBVS] Cùm quæritur an rata sint quæ facta sunt à servo, qui liber ab omnibus æstimabatur; vel irrita fiant detectâ demum servitute: multum refert distinguere, an publici alicujus officii, an sui ipsius negotii privati causâ fecerit. Priori casu rata sunt, nec fiunt irrita; quia publica vtilitas hæc omnia confirmat, *l. barbarius Philippus, ff. de offic. Pretoris,* ad quam vide Cujac. *lib.* 18. *Obs. cap.* 33. Ideóque cùm factio testamenti publici juris sit, *l.* 3. *ff. qui testam. facere poss.* si servus testis adhibitus est, qui liber ab omnibus æstimabatur, & postea apparuit servus, non fit irritum testamentum. Posteriori casu, irrita sunt quæ gesta sunt, simul ac servitus detecta est, *l. non idcirco*, §. *fin. ff. de judiciis.*

9 POSTEA SERVVS APPARVIT] Ergo constare non potest, quod D. Cujacius scribit ad *l. ad testium*, §. *conditionem*, *ff. qui testamenta facere possunt*, & *lib.* 18. *Obs. cap.* 33. Testamentum quidem valere antequam servus vindicatus sit in servitutem; sed si servus pronuntiatus sit, nullum esse testamentum, argumento *l. nulla, ff. qui & à quib.* & *l. non idcirco*, §. *fin. ff. de judiciis.* At vir doctissimus id non scripsisset, si verba hujus §. in memoriam revocasset, quæ hanc sententiam falsam esse manifestò convincunt. Et eruditè Accurs. in hanc rem vtitur *l. barbarius Philippus, ff. de offic. Pretoris*, quæ gesta à servo, qui præturâ per obreptionem functus est, contemplatione publicæ vtilitatis confirmat. Separanda autem sunt ea quæ quis gessit tamquam liber, dum sibi ipsi negotium gerere voluit, vt in contrariis legibus, ab iis quæ gessit officii publici causâ. Idémque dicendum est de eo qui adhibitus est ad testamenti factionem, quam constat esse juris publici, cùm ab omnibus civis Romanus, & hujus publici juris capax esse crederetur. quâ distinctione nihil potest esse certius, vel manifestius; vtroque enim casu publica vtilitas efflagitat, vt valeat quod actum est. Libertatis verò licèt favor sit in legibus citatis, non tamen omnino publicus, vti testamenti; nam privatam servi vtilitatem, & commodum continet, qui libertatem est accepturus, & peculiare quasi lucrum.

§. VIII. Pater, necnon is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, vtrique testes in vno testamento fieri possunt: quia nihil nocet ex vna domo plures testes alieno negotio adhiberi. *Ex Vlp. l. 22. qui testam. fac. poss. l. pater 17. de testib.*

§. IX. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed & si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. *Ex Vlp. l. 20. qui testam. fac. poss.*

§. X. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt. quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratiâ, creditur hodie inter testatorem & heredem agi. Licèt enim totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem, & eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testimoniis repellebant: heredi, & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare, licèt ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant: tamen nos eamdem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, meritò nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris[10] obtinet, nec aliis personis, quæ ei, vt dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia præstare. ideóque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus. *Ex Vlp. d. l. 20. qui testam. fac. poss.*

[10] VETVSTISSIMI FAMILIÆ EMPTORIS] Qui & heres erat, & cum quo olim totum hoc negotium agebatur, vt suprà ex Theophilo docui. At cùm heres seorsim tabulis scribi cœpit, & alius fuit à familiæ emptore; negotium quidem apertè agebatur cum familiæ emptore, tacitè verò cum herede. Et ideo admissum fuit à veteribus Iuris conditoribus posse heredem testem adhiberi: quo jure tamen testatores minimè abuti debere admonebant; quia revera res omnis agebatur cum herede. hodie sublatis his quorum imaginarius vsus est, vt loquitur Constantinus in *l. quoniam, Cod. hoc tit.* res omnis agitur directò cum herede, quem & ideo assimilamus vetustissimo familiæ emptori, qui & heres fuit.

* [10] VETVSTISSIMI FAMILIÆ EMPTORIS] Licèt primo statim tempore, quo testamentum per æs & libram introductum est, idem fuerit familiæ emptor & heres, teste Theophilo *hoc tit.* Postea tamen cœpit heres seorsim tabulis scribi, & consequenter cœpit alius quoque esse familiæ emptor, alius heres & successor; alia mancipatio familiæ, id est imaginaria testatoris substantiæ venditio; alia nuncupatio testamenti, id est heredis institutio, apud Vlpianum *lib. sing. Reg. tit. de te-*

stament. Et quia etiam tunc, id est ab initio, totum negotium testamenti ordinandi gratiâ, agi credebatur cum emptore familiæ; admittebant veteres juris conditores posse heredem, tamquam extraneum, adhiberi testem, non familiæ emptorem.

§. XI. Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis quæ eis conjunctæ sunt, testimonium non denegavimus: imò in quadam nostra constitutione, & hoc specialiter concessimus. & multò magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

§. XII. Nihil autem interest testamentum in tabulis, an in chartis, membranísve, vel in alia materia fiat.

§. XIII. Sed & vnum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundùm obtinentem tamen observationem omnibus factis, quod interdum etiam necessarium est: veluti si quis navigaturus & secum ferre, & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent. Sed hæc quidem de testamentis, quæ in scriptis conficiuntur. si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & suâ voluntate coram eis nuncupatâ[11], sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmúmque constitutum.

Ex Florent. l. vnum 24. qui testam. fac. poss.

[11] ET SVA VOLVNTATE CORAM EIS NVNCVPATA] Sine formalibus illis verbis, quibus testator profiteri tenebatur se velle testamentum sine scriptis componere, *l. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *C. hoc tit.* quia hoc jus abrogatum fuit *l. 26. C. eod.* Hanc autem nuncupationem esse ex jure civili suprà docui. Notandum tamen est, testes juratos deinde à judice esse interrogandos de vltima voluntate testatoris, vt rectissimè doctores notant. Ceterum forma testamenti quâ hodie vtimur in testamentis, quæ vulgò nuncupativa vocant, quamvis neque propriè fiant per nuncupationem, neque per scripturam; similis ferme est formæ perscriptæ in testamento cæci, *l. in hac consultissima*, *C. qui testamenta facere poss.*

*[11] SVA VOLVNTATE CORAM EIS NVNCVPATA] Id est vivâ voce testatâ, & palam expressâ sine scripto; vnde testamentum hoc nuncupativum vulgò nuncupatur, quòd nuncupatione, id est voce tenus fiat, *l. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *Cod. hoc tit.*

De militari testamento.

CAPVT XI.

SVPRADICTA diligens observatio[1] in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam, constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhi-

buerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint: rectè nihilominus testantur, videlicet quum in expeditionibus[2] occupati sunt: quod meritò nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura: valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem[3] in aliis locis, vel suis ædibus degunt: minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. sed testari quidem, etsi filiifamiliarum sunt, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eâdem observatione & in eorum testamentis adhibendâ, quam & in testamentis paganorum proximè exposuimus.

* TESTANTIUM alii solemnitatibus juris ac regulis adstricti sunt, vt pagani; alii iisdem soluti ac liberi, vt milites. Pagani dicuntur toto jure, qui non sunt milites; milites autem, qui in numeros relati, & cingulo cincti stipendia merentur, & in expeditione occupati, *l. vlt. ff. hoc tit.* Pagani jure communi testantur; milites jure singulari, quo nuda quælibet voluntas de divisione bonorum suorum, vel rei familiaris decretum à milite quoquomodo factum contemplatione mortis, justum & legitimum testamentum est ex constitutionibus Principum, quæ veniam dederunt imperitiæ & eorum simplicitati, *l. impuberi, ff. de administrat. tut.* Si quid fortè in testamento faciendo minùs peritè, minúsve legitimè fecerint, *l. 1. ff. hoc tit.* Dices: requiritur vt miles convocet homines, id est testes ad testamentum faciendum, *§. planè: infrà, hoc tit.* & *l. divus 24. ff. eod.* ergo nuda voluntas non sufficit. Respondeo, convocationem illam requiri, non vt firmum sit & perfectum testamentum militis, nuda enim voluntas ejus sufficit, *d. l. 1.* sed vt constet militi voluntatem fuisse testandi. Et quod ait Iurisconsultus de hypotheca in *l. 4. ff. de fide instrument.* adhiberi scripturam vt probari possit quod factum est, non vt substantiam capiat obligatio, quæ per se nudo consensu sine scriptura jure Prætorio consistit; idem quoque de militis testamento dicere liceat, testes vel scripturam adhiberi vt res gesta probari possit, non vt actus perficiatur; vel vt necesse est in testamento pagani voluntas testibus efficiatur, *l. dictantibus, Cod. de testam.* Vt ergo valeat testamentum militis, debet de voluntate ejus certò constare, vel testibus, vel scriptura: testibus, saltem duobus, vt rectè Accursius argumento *l. vbi, ff. de testibus*, non vnico teste, vt malè Theophilus; quia ad legitimam probationem testis vnicus non sufficit. Scripturâ constare debet, qualiscumque ea fuerit: sufficit enim si miles in clypeo, vel in vagina literis sanguine suo rutilantibus annotaverit; vel etiam in ipso articulo mortis gladio suo in pulvere inscripserit, quid post mortem suam fieri velit, *l. milites, Cod. hoc tit.* vel etiam notis intelligibilibus expresserit voluntatem suam, *l. Lucius, 4. ff. eod. tit.*

Et hujus quidem privilegii militaris ratio triplex assignari potest. Prima, incalliditas fori, vel ignorantia rei forensis, quæ dicitur simplicitas militum, *d. l. 1. ff. hoc tit. l. 3. Cod. eod.* Milites enim arma magis, quàm jura & leges scire præsumuntur, *l. fin. Cod. de jure deliber.* aut certè si quas olim didicerint, earum oblivisci præsumuntur, vel ipso teste Iulio Frontino, dum ait: ***Nam dum armorum magis exerceor curis, totum hoc negotium***, literarum scilicet, & rerum forensium, ***velut oblitus intermiseram, nec quicquam aliud quàm belli gloriam cogitabam.*** Secunda, militiæ occupationes, per quas militibus testari volentibus integrum non est consulere peritos juris; non

permittente loco hostili, & necessitate pugnandi. Hinc illud Caii Marii, *Se inter armorum strepitum verba juris civilis non exaudire*, apud Valer. Maxim. *lib.* 5. *cap.* 2. Tertia denique ratio est favor militiæ, & Reipub. qui enim se pro Republica devovent digni sunt, vt cùm jam vltimum vale pro Reipublicæ defensione dicunt, aliquo privilegio donentur testandi, potiùs quàm ii, qui domi securi in desidiosa quiete delitescunt.

[1] DILIGENS OBSERVATIO] Multis vigiliis excogitata atque inventa, vt loquitur *l. si quando, C. de inoffic. testamento.* Propium autem & singulare hoc habet militis testamentum, vt sine solemnitate juris valeat, & satis sit constare de vltima mentis testatione; valet enim nuda militis voluntas, & sufficit ad perficiendum testamentum, *l. in fraudem*, §. 1. *ff. hoc tit.* quamvis non sit secundùm præcepta juris facta, quæ in paganorum testamentis observantur. Vt autem constet, necesse est militem testari convocatis ad hoc hominibus, id est adhibitis ad contestandam, non ad perficiendam vel efficiendam vltimam voluntatem, vt loquitur *l. dictantibus, C. de testamentis.* Et hoc est quod ait §. *planè, hoc tit.* junctâ *l. divus, ff. eod.* debere declarare militem, quem velit sibi heredem esse, & cui legatum, fideicommissum, vel libertatem relinquat; vel, vt est in *l. Lucius, ff. hoc tit.* dictare debet testamentum scribendum, vel ipse præscribere; testatur enim quomodo vult, & quomodo potest, & sufficit rem gestam probari legitimis probationibus.

Legitimæ autem probationis duo potissimùm genera sunt, testes & scriptura. Sufficit autem ad probationem scriptura sine testibus, etiamsi in vagina, vel clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverit, vt est in *l. milites, C. hoc tit.* Vnde non malè quidam libri *fuso sanguine*, & vt est apud Silium Italicum *lib.* 9.

mananti sanguine signat
In clypeo mandata patris: fuge prælia Varro.

Et hoc est opinor quod Leo Imper. scripsit in *Nov.* 40. valere testamentum militis sine testibus, ad hoc puta adhibitis vt perficiatur testamentum, id est vt ex solemnitate testium substantiam accipiat vltima voluntas militis. & quod Iurisconsultus ait de hypotheca, *l.* 4. *ff. de fide instrum.* adhiberi scripturam vt probari possit quod actum est; vt contractus fides possit ostendi, non vt substantiam capiat obligatio, quæ per se consensu nudo sine scripturâ, ex jure Prætorio consistit; hoc enim desideratur tantùm in contractibus, qui scripturâ perficiuntur: id nobis de testamento militis dicere liceat, testes vel scripturam adhiberi vt res gesta probari possit, non vt actus perficiatur, vt in testamento pagani.

Ceterum testamentum militis ceteras admittit legitimas probationes; & si sine scriptura fiat, sanè videntur ad rei gestæ fidem saltem duo testes necessarii, argumento *l. vbi, ff. de testib.* Nec probare possum Theophili sententiam, qui vnicum testem sufficere scripsit, quem tamen ad legitimam probationem perficiendam non sufficere explorati juris est.

[2] CVM IN EXPEDITIONIBVS] Hoc esse nemo non videt ex constit. Iustin. id est ex *l. pen. C. hoc tit.* ex qua eadem verba Tribon. appinxisse videtur in *l.* 15. *C. eod.* Sed quod addit posterior nota Cujacii, olim in procinctu tantùm, hodie etiam in expeditione, in castris; tueri forsitan potes, si prima illa tempora confers illis extremis Imperat. Iustin. Verissimum tamen est tempore quo Principales constitutiones solemnia juris civilis, vel Prætorii militibus remiserunt, obsoletam fuisse memoriam veteris testamenti, quod tempore belli in procinctu fieri dicebatur: &, vt rectè Theophilus scripsit, medio illo tempore ante Iustinianum miles

in numeros relatus, in quocumque loco sine ulla distinctione, jure militari testari potuit; hoc enim datum fuit imperitiæ quæ semper, & ubique præsumebatur in milite, *l. impuberi, ff. de administrat. tut.* Sed Iustinianus hoc novum jus introduxit, & ita hoc jus singulare restringendum esse censuit.

[3] CITRA EXPEDITIONUM NECESSITATEM] Hunc locum variè vexant viri docti; quidam enim censent his verbis milites prohiberi militari privilegio uti, aliis locis quàm in castris, in ipsa expeditione; non posse ergo jure militari testari in hybernis, stativis, præsidiis, quæ sedeta vocat *l. 18. C. de episcopali audient.* ut & hoc loco Theoph. qui hæc verba intellexisse non videtur; legens enim in *hoc §. in suis sedibus*, non, *in suis ædibus*, hoc sic interpretatur, *aut in quæ sedeta vocantur*, id est ubi eos agere necesse est. Et frustra est amicus quidam noster vir doctiss. qui in glossario mixo-barbaro Theophili verba sic esse accipienda contendit; in testamentis non posse uti milites privilegio, quando aliis in locis degunt, quàm in sedetis, id est in locis in quibus sedere, & consistere necesse habent. quem sensum ex verbis Theophili nemo umquam eruere potis erit; apertè enim negat Theoph. militem in sedetis jure militari posse testari, quam sententiam plerique sequuntur hodie. Nec moventur argumento, quo D. Cujac. contrariæ sententiæ vindex acerrimus utitur, in *consult. 49. Alioquin*, inquit, *nihil distaret paganus à milite*; nam & à pagano in procinctu, in hostico, quoquo modo factum testamentum valet, *l. ult. ff. hoc tit. l. unica, ff. de bonor. possess. ex testamento militis*; Differentia enim inter paganum, & militem hæc est valde perspicua; testamentum pagani non valet nisi in ipsa acie decesserit, militis verò valet etiam post annum missionis; ideóque nihil necessariò concludit d. argumentatio Cujacii.

Sed res facilis erit, si intelligamus liquidò quid sit expeditio, & quid significant hæc verba Iustiniani, quæ eâdem sententiâ reperiuntur in *l. ult. C. de restitut. militum*, & in *l. ult. C. quibus non objicitur longi temp. præscript.* In quibus rectè omnes libri *in suis ædibus*, quam lectionem valde confirmant hæc verba *l. ult. de commeatu lib. 12. C. Si quis sine commeatu aliquo annum in penatibus propriis, vel in quibuslibet locis, desidiosa quiete transegerit.* nam quod *d. lex, in penatibus propriis*, hic paragraphus *in suis ædibus*, nec contra auctoritatem omnium librorum legendum est, *sedibus.* Sic enim, ut constat ex notissimis Vegetii, & Ammiani Marcellini locis, posterior ætas stativa castra vocabat; & inde Græci dixere *sedeta*, quæ nominatim Suidas ait esse fossata, vel castra. Et verissimum esse arbitror dici militem degere in aliis locis, vel in propriis ædibus citra expeditionis necessitatem, qui commeatu impetrato solutus ab omni necessitate militari, vel in propriis ædibus, vel in aliis locis versatur, & privatis non publicis actionibus occupatur, ut loquitur *l. un. C. in quibus causis militantes fori præscript. uti non poss.* Vel, ut dicam explicatiùs, qui legitimè abest ab exercitu, vel à castris, & ad tempus dimissus est: aliter enim tamquam Emansor, Desertor, & Erroneus puniendus esset, ut indicat *l. ult. C. de commeatu*, quæ in *C. Theod.* extat sub *tit. de desertoribus.* Et ita in legibus militaribus Leonis Imper. commeatus dicitur missio militum in proprias ædes, ἀπόλυσις τῶν στρατιωτῶν εἰς τοὺς ἰδίους οἴκους.

Potuit autem miles legitimè dimissus, ubicumque consisteret, uti privilegio militum; quod jus emendavit Iustin. constituens hoc jure tantùm militem uti posse, qui est in castris, & in expeditione versatur: & si verum amamus, qui est in exercitu per hyberna, vel æstiva disposito; qui est in præsidiis, vel stativis, quibus ut Livius ait *lib. 1.* pugnatur longo magis quàm acri bello, in castris

versari dicitur; & astringi expeditionis necessitate, qua non potest absolvi sine legitima missione. Et rectissimè veteres glossæ juris civilis Basilicon, ἐξπέδιτον, (quo verbo Græci à Latinitate accepto vtuntur, vt & aliis plerisque,) ἐξπέδιτον, inquam, vel expeditionem locum esse interpretantur, in quo exercitus agit, ἔνθα διάγει τὸ στρατόπεδον. Vbicumque ergo consistat miles præsidii, vel stationis causâ, sanè adstringitur necessitate expeditionis, & Reipub. causâ abesse intelligitur; quia publicum munus tractat. Et si verum amamus, absurdum omnino esset dicere militem, qui in præsidiis, & stativis versatur, longéque à penatibus propriis peregrinatur, non posse petere beneficium restitutionis in integrum; quod ei tamen denegat *d. l. vlt. C. de restitut. militum*, qui solutus est omni necessitate expeditionis. nam & expeditio non impropriè dici potest omnis peregrinatio militaris suscepta belli, & muneris publici causâ, & ita eleganter glossarium Philoxeni *expeditio*, ἔξοδος ἐκδημητικὴ στρατιωτῶν.

§. I. Planè de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit. Id privilegium quod militantibus datum est, vt quoquo modo facta ab iis testamenta, rata sint: sic intellegi debet, vt vtique priùs constare debeat, testamentum factum esse, quod & sine scriptura à non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, si convocatis ad hoc hominibus vt voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, vt declararet, quem vellet sibi heredem esse, & cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si (vt plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut bona mea tibi relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. Nec vllorum magis interest, quàm ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, & per hoc vera judicia subverterentur. *Ex Florent. l. 24. hoc tit.*

§. II. Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.

§. III. Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum, non communi iure, sed quomodo voluerint: post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum exciterit? an quasi militis testamentum valeat? & placet valere quasi militis. *Ex Afric. l. 21. hoc tit.* *Ex Paulo l. 38. eod.*

§. IV.

§. IV. Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis: dicendum est valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate. *Ex Iulian. l. 20. huc tit.*

§. V. Denique & si in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est: testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri. *Ex Marc. l. 22. & Tertull. l. seq. huc tit.*

§. VI. Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quàm Principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederunt peculia, & quorum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari: quod nostra constitutio latiùs extendens permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

Quibus non est permissum facere testamentum.

CAPVT XII.

NON tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt[1], testamenti faciendi jus non habent: adeò quidem, vt quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quàm Nervæ, necnon optimi Imperatoris Trajani: postea verò subscriptione divi Hadriani, etiam dimissis militiâ, id est veteranis concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit[2]. Ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum *Ex Caio l. 6. qui test. fac. poss.* *Ex Vlp. l. 1. §. nec castrense de collat.*

fratribus commune esse : sed scilicet proprium ejus esse, qui id in castris adquisierit : quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur : exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris propter diversas causas non adquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense vel quasi castrense habent, siquis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit.

[1] QVI ALIENO IVRI SVBIECTI SVNT] Quia, vt Vlp. ait *lib. Reg. tit. de testam.* nihil suum habent; quidquid enim acquirunt, id necessitate juris parentibus acquirunt, in quorum sunt potestate, exceptis his quæ ex constitutionibus acquisitionem effugiunt, vt castrensibus, & quasi castrensibus peculiis, in quibus filiifam. pro patribusfam. habentur ex constitutionibus Principum. Vnde quæsitum est, an saltem patre permittente testari possint : uam ita pater remittere videtur omne jus, quod in rebus à filio acquisitis jure patriæ potestatis habet, & velut patrimonium quoddam filio conficere, de quo testari possit; si enim permittat mortis causâ donare, valet donatio, *l. tam is, §. vlt. ff. de mortis causa donation.* Sed tamen contrà obtinuit, patrem non posse liberam testamenti factionem filio concedere; quia quod à lege nominatim certis personis defertur, id ab eisdem dari non potest : vt merum imperium, quod à lege Magistratus accipit, non potest Magistratus alteri concedere, vel mandare. At patrifam. tantùm notissima lex XII. tab. permittit factionem testamenti : ergo filiofam. non potest paterfam. factionem testamenti concedere; quia hæc à lege datur, non à privati hominis voluntate, quæ efficere non potest vt filiusfam. habeat, quod ei lex denegavit. Aliud esse apparet in mortis causâ donatione, quæ non proficiscitur à lege vlla, neque certis tantùm personis permissa est.

[2] IVRE COMMVNI PERTINEBIT] Eodem jure, quo cetera peculia acquiruntur patri, qui nempe hæc occupat, quasi numquam à proprio dominio discesserint. non succedit igitur pater quasi heres, quod malè quidam hauriunt ex *l. 3. §. Pomponius, ff. de minoribus*, quem locum eruditissimè D. Cujacius exposuit ad *l. 6. ff. de restitut. in integ.* Sed quia hodie ex novis constitutionibus, filiifam. in iis quæ acquisitionem effugiunt, proprios heredes habere cœperunt ab intestato, qui vel ex *l. vlt. Cod. communia de success.* patri præferuntur, & hoc est quod ait hoc loco, ***nullis liberis, vel fratribus superstitibus***, vel ex novissimo jure, id est ex *vulgata authentica defuncto, C. ad Tertyll.* cum patre succedunt; tentari potest hodie patrem quasi heredem in his rebus succedere, quod Accursius noster non insubtiliter contendit.

*[2] IVRE COMMVNI PERTINEBIT] Ius enim vetus, quo peculium filiifamilias ad patrem pertinebat, non tollitur potestate testandi filio concessâ; sed suspenditur donec constiterit, an testatus filius, an intestatus decedat. Si intestatus decesserit, jus illud patris postliminii cujusdam similitudine redit ad patrem, *l. pen. §. pater, ff. de castrensi pecul* & peculium occupat pater, quasi numquam à proprio dominio abscesserit. Quamquam tamen hodie, quia ex novis constitutionibus filii proprios cœperunt habere heredes ab intestato, qui vel ex *l. vlt. Cod. communia de successionib.* patri præferuntur. quod hæc verba in contextu nostro declarant, nempe, ***nullis liberis, vel fratribus superstitibus***; vel novissimo jure eum patre succedunt, ***au-***

thent. defuncto, Cod. ad Tertyllian. posset cum Accursio tentari, patrem quasi heredem in his rebus filio succedere.

§. I. Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi: quia mente carent. nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes: aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur, certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamenta rectè facta, neque vllum aliud negotium rectè gestum, postea furor interveniens perimit. *Ex l. 5. qui testam. fac. pos. Ex Pompon. l. 16. eod.*

§. II. Item prodigus[1], cui bonorum suorum administratio[4] interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod antè fecerit, quàm interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est. *Ex Vlp. l. 18. qui testam. fac. poss.*

*1 ITEM PRODIGVS] Prodigus est, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona dilacerando, & dilapidando profundit; cui vt bonorum suorum administratio interdicitur, *l. 1. ff. de curatorib. furios.* ita & testamenti factio, quæ pars est administrationis bonorum, & rectè: prodigus enim parum distat à furioso qui testari non potest; nam, vt eleganter D. Pius in *l. 12. ff. de tutorib. & curator. dat.* prodigus quoad bona, furiosi facit exitum. Formula autem interdictionis bonorum hæc proponitur à Paulo *lib. 3. Sent. tit. de testam. Quando bona paterna, avitáque nequitiâ disperdis, liberósque tuos ad egestatem perducis, ob tam rem tibi ea re, commercióque interdico.*

4 CVI BONORVM SVORVM ADMINISTRATIO INTERDICTA EST] Ei qui suâ nequitiâ paterna avitáque bona disperdit, solet Prætor bonis interdicere, ex formula quam apud Paulum habemus *lib. 3. Sent. tit. 4.* vbi observa quod ait, *paterna, avitáque*, & quod subjicit *ea re*, id est bonis: alludere enim videtur Horatius *lib. 1. Serm. sat. 2.*

avi cur, atque parentis
Præclaram ingratâ stringat malus ingluvie rem.

Hic autem non potuit olim testari per æs & libram; quia commercio ei nominatim interdictum erat, quod Vlp. docet *lib. Reg. tit. de testamentis*; & qui commercium non habet, non potest familiam, vel quid aliud mancipare, eodem Vlp. auctore *eod. lib. tit. 19.* At cur non potest testari jure quo hodie vtimur in testamentis sine mancipatione? An quia bonorum administratio ei interdicta est, & præcipua pars administrationis bonorum videtur factio testamenti. Sed hæc ratio claudicare videtur; quia eâdem ratione possum efficere minorem, qui curatorem accepit, & qui nominatim in *l. 3. C. de in integrum restitut. minor.* dicitur esse similis ei cui bonis interdictum est, non posse facere testamentum; quod tamen falsum esse constat. Sed respondeo, similem esse prodigo minorem in hoc tantùm casu, quia neuter rem suam vendere potest: ceterum prodigo invito bonis interdicitur, & datur curator; quia homo nequam est; & perditus, quod ostendunt illa solemnia verba, *nequitia tua*: minori verò non interdicitur bonis, sed datur ei curator si hoc desideret, nec potest dari invito, vt suprà docui *lib. 1. tit. de curator.* His adde prodigum parum

differre à furioso; quia, vt eleganter D. Pius rescripsit in *l. 12. §. fin. ff. de tutor. & curator. dat.* furiosum exitum facit: & ideo ex sententia leg. XII. tab. quæ furiosum vult esse in tutela agnatorum gentiliúmque, recepta fuit hæc interdictio; & introducta jure illo veteri, quod post XII. tab. latum est, *l. 2. §. his legib. ff. de orig. juris*, vt latiùs docui ad *tit. de curator. suprà*, & ad *tit. de jure nat. gent. & civili.*

§. III. Item surdus & mutus [5] non semper testamentum facere possunt. Vtique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit. nam & mutus is intellegitur, qui loqui nihil potest, non qui tardè loquitur. sæpe autem etiam literati & eruditi homines variis causis & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Vnde nostra constitutio etiam his subvenit, vt certis casibus & modis secundùm normam ejus possint testari, aliáque facere quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum, adversâ valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit: ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

5 ITEM SVRDVS ET MVTVS] Surdus, aut mutus non potuit olim testari per æs & libram, propter rationem ab Vlp. traditam *lib. Reg. tit. de testamentis*; quia mutus verba nuncupationis loqui non potest, surdus verò non potest audire verba solemnia familiæ emptoris. Non potuit quoque testari mutus jure Prætorio vel mixto, quia accire non potest testes; surdus verò, quia non potest audire testes testimonium sibi perhibentes, quod omnino desiderari in eo qui testamentum facit Paulus docet *lib. 3. Sent. tit. 4.* Surdum tamen posse testari Iuventius Celsus tentabat; *Quia nullus*, inquit, *est adeò surdus qui non exaudiat, si quis supra caput loquatur*, vt Iustinianus ait in *l. discretis, C. qui testamenta facere possunt.* Mutum verò, si literas sciat, quidam Iurisconsulti admittebant posse testamentum facere: sed quia id liquidò non constabat apud veteres juris conditores, omnis difficultatis tollendæ causâ, solebant his casibus à Principe remissionem solemnium impetrare, quæ generaliter omnibus militibus remittuntur, sine expressa venia, in *§. quinimo, suprà, de militari testamento.* Ex constitutione Iustin. id est ex *d. l. discretis*, mutus, aut surdus testamentum facere potest, nihilque refert ita natus, an factus sit; surdus omnino, mutus si sciat literas; æquè surdus mutus ita factus, si sciat literas. Surdus autem & mutus ita natus simul, nullo modo testari potest.

§. IV. Cæcus autem [6] non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Iustini patris mei introduxit.

* 6 CÆCVS AVTEM] Cæcus olim quodlibet potuit facere testamentum, teste Paulo *lib. 3. Sent. tit. de testam.* Sed propter falsitatis metum, ei peculiaris testamenti forma præscripta est à Iustino Imper. in *l. hac consultissima 8. Cod. qui testam. facere poss.* vbi præcipit, vt cæcus heredem nuncupet coram testibus, vt in testamento nuncupatorio moris est; deinde voluntas ejus per notarium, vel octavum testem scribatur.

§. V. Ejus qui apud hostes est testamentum, quod ibi fecit, non valet [7], quamvis redierit. sed quod, dum in civitate fuerat, fecit: sive redierit, valet jure postliminii: sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

* 7 TESTAMENTVM QVOD IBI FECIT NON VALET] Quia captus ab

hostibus, cùm jure gentium servus sit, nec alii successor fieri, nec alios sibi successores facere potest, *l. 3. §. fin. ff. de verb. sign.* Paulus *lib. 3. Sent. tit. de testam.* Servus enim nec hereditatem, nec heredem habet, *l. servus, Cod. communia de success.* Testamentum tamen quod ante captivitatem fecit, licèt reipsa irritum factum sit captivitate; fictione tamen juris convalescit, & confirmatur, sive ab hostibus redierit, sive apud hostes decesserit. Si redierit, fictione juris postliminii; si decesserit, fictione legis Corneliæ testamentariæ. Fingit enim jus postliminii, reversum ab hostibus numquam in hostium potestatem pervenisse, sed retrò semper in civitate fuisse, *l. retrò, ff. de captiv. & postlim. revers.* Lex autem Cornelia fingit mortuum apud hostes, momento captivitatis, sive, vt loquuntur, præambulâ captivitatis horâ decessisse, *l. in omnibus, ff. eod. tit.* & consequenter, fictione hac duplici confirmantur, & convalescunt, quæ alioquin summo jure propter captivitatem valere non poterant.

De exheredatione liberorum.

CAPVT XIII.

NON tamen vt omnimodo valeat testamentum sufficit hæc observatio, quam suprà exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, vt eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur [1]: adeò quidem vt & si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus [2], vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis vtriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus autem adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur. sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur, Titius filius meus exheres esto: sive ita, Filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet. *Ex Vlp. l. 1. 2. & 3. de liber. & postum. hered. instit.*

* OLIM lege XII. tab. liberi impunè præteriri, & exheredari potuerunt: nam cùm his verbis d. legis, *Vti quisquis rei suæ legassit, ita jus esto*, amplissima testandi facultas tributa fuisset, *l. verbis legis 120. ff. de verb. sign.* non minùs rata erant parentum testamenta in quibus liberi præteriti essent, quàm in quibus instituti. Verùm, cùm id postea iniquum videretur, filios scilicet fraudari parentum successione, quos ipsa quasi natura facit heredes, eos velut ad debitam successionem vocando, *vulg. l. cum ratio, ff. de bonis damnat. l. scripto, §. fin. ff. si tab. testam. null. extr.*

vnde liberi, *Nov.* 1. *&* 18. Prudentes pro ea quam nacti erant interpretandarum legum XII. tab. & juris constituendi auctoritate, *l.* 2. §. *his legibus latis*, *ff. de orig. jur.* hanc veterem legem decemviralem testamentariam ita sunt interpretati; vt parentes qui liberos præteriissent, eos per oblivionem, non certo judicio, non destinato animo præteriisse intelligerentur; & per hoc statim ab initio nulla essent eorum testamenta, *l. si filius*, *l. inter cetera*, *ff. de liber. & postum.* quia bona non censentur filio adempta, nisi pater ei nominatim ademerit, *l. in suis*, *ff. eod.* Si verò exheredassent, ipso quidem jure valerent testamenta, *l. non putavit*, *ff. de bon. poss. contra tab.* vtpote rite perfecta, *l. contra*, *Cod. de inoffic. testam.* Sed tamen de iis, vt inofficiosis, queri liceret apud Centumviros, vt videbitur infrà *de inoffic. testam.*

[1] INVTILITER TESTABITVR] Inutile statim & ab initio est testamentum *l. inter cetera*, *in fin. ff. de liberis & postum.* neque quod non valuit initio, ex postfacto convalescere potest: quamvis filio præterito paternis bonis se abstinente, ex æquo & bono Papin. respondeat servandam defuncti voluntatem, in *l.* 17. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testamento.* Sed ex æquitate contra subtilitatem juris civilis tuebitur voluntas, vt Papin. loquitur, cui filius ipse morem gerit partem non avocans fratribus ab intestato. Est igitur voluntas intestati, non testati. Et cave ne dicas cum plerisque, hoc jus hodie esse abrogatum *vulgatâ authenticâ ex causa*, *C. de liberis præteritis*; præteritio enim in *d. authent.* non est præteritio de qua tractatur hoc loco, sed est præteritio quæ pro exheredatione habetur, de qua in §. *vlt. hoc tit.*

*[1] INVTILITER TESTABITVR] Non tantùm quod attinet ad heredis institutionem, sed etiam quoad legata, & fideicommissa, libertates, & tabulas pupillares; nihil enim in eo testamento scriptum valere potest jure civili, *l.* 17. *filio præterito*, *ff. de injusto rupt. & irrito.* Dixi *jure civili*, nam filio præterito approbante judicium defuncti patris, nec ab intestato hereditatem totam ab extraneis, vel pro parte à fratribus institutis vindicante, totum testamentum ex æquitate sustinetur de jure Prætorio; dat enim Prætor hoc casu scriptis heredibus bonorum possessionem secundùm tabulas, quod & ipsum Papinianus significat in *d. l. filio præterito*, dum ait, *Attamen voluntas testatoris ex æquo & bono tuebitur, quamvis subtilitas juris refragari videatur.* Nec dicas hanc §. *nostri*, & *d. l. filio præterito* sententiam abrogati per authenticam *ex causa*, *Cod. de liber. præterit.* in qua traditur ex causa præteritionis, vel exheredationis, solam institutionem vitiari: nam Iustinianus de ea solùm præteritione loquutus est *d. authentica*, quæ vicem obtinet exheredationis, qualis est præteritio facta à matre, vel ab avo materno, §. *mater*, *infrà hoc nostro titulo.*

[2] SED NON ITA DE FILIABVS] Idem obtinuit in nepotibus, & pronepotibus ex filio, vt rectè Theophilus hoc loco notat, & liquidò docet Vlp. *lib. Reg. tit.* 22. §. *ex suis*: non fuit ergo in iis necessaria institutio, vel exheredatio; & hoc est quod Scævola scribit in *l. Gallus*, §. *in omnibus*, *ff. de liber. & postum. In nepote, & pronepote institutionem numquam exigemus; quia possunt præteriri.* Quæ verba nemo non videt esse accipienda de nepote, & pronepote qui jam sunt sui, quod vir magnus non animadvertit. Equidem Vlp. verba in *d.* §. *ex suis*, hoc verissimum esse omnino convincunt: ait enim, ex suis heredibus filium non pati valere testamentum, quod tamen valet in aliquibus personis, filia, puta, nepote, pronepote, nepte præteritis. Malè ergo quidam hunc Vlpiani locum accipiunt de nepote qui non est suus; cùm tota Vlpiani regula nominatim sit proposita de omnibus suis. Denique vetus hoc jus, quod in nepote obtinebat, emendatur à Iustiniano *l. vlt. C. de liber. præterit.* Ratio autem diversitatis hæc fuit elegantissima; quia vel tacitâ voluntate

nepos qui ab avo distat duobus gradibus, vt filia quæ in alienam familiam transire solet, à paternis vel avitis bonis excluduntur; eâdem ratione, quâ vel vnicâ mancipatione in filia, & nepote solvebatur illud summum vinculum patriæ potestatis, cùm in filio artissimo vinculo patri conjuncto tres essent necessariæ, vt suprà *lib.* 1. ex Vlpiano docui ad *tit. de patria potestate.*

*[2] SED NON ITA DE FILIABVS] Ratio diversitatis hæc fuisse videtur, quia putavit antiquitas tacitâ voluntate filiam, quæ in alienam familiam transire solet; itémque nepotem, qui ab avo distat duobus gradibus, à paternis, vel avitis bonis excludi videri; quòd arctius esset vinculum inter patrem & filium, quàm inter patrem & filiam, avum & nepotem. propter quod etiam eadem antiquitas tres in filio solvendo à patria potestate, emancipationes desiderabat; in filia autem, & nepote vnicam tantùm, *l. verum*, §. *filio*, *ff. de injusto rupt. & irrito.* Vlpianus *in Fragm. tit.* 10. §. 1. Sed hoc tandem discrimen inter filios, & filias sustulit Iustinianus, in *l. maximum vitium*, *Cod. de liber. præteritis*, §. *sed hæc quidem*, *in hoc nostro titul.*

§. I. Postumi quoque liberi [3] vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium condicio est, quòd & filio postumo & quolibet ex ceteris liberis, sive feminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum: sed postea adgnatione postumi sive postumæ rumpitur, & eâ ratione totum infirmatur. Ideóque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit: nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus postumæ vel nominatim, vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur præteritæ esse per oblivionem. Masculos verò postumos [4], id est filium, & deinceps, placuit non aliter rectè exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.

[1] POSTVMI QVOQVE LIBERI] Postumos eos dicimus dumtaxat, id est potissimùm, qui post mortem patris nascuntur, ait Vlp. in *l.* 3. *ff. de injusto rupto*, quos nempe jus civile, quod ad differentiam novæ legis Velleæ dicitur antiquum, permittit instituere, si nati sui heredes futuri sunt, auctore Vlp. *lib. Reg. tit.* 22. §. *eos qui in vtero.* Hi enim solebant rumpere testamentum adgnatione, sine vlla distinctione sexus vel gradus; quia videbantur per oblivionem præteriti. Ne igitur eo modo rumperent, permissa fuit institutio postumorum suorum, non alienorum, id est eorum qui sui non nascuntur, § *postumo*, *infrà*, *de legatis.* In his enim, alienis nempe, non fuit necessaria hæc provisio, quia non rumpunt; quæ in his qui rumpunt vtilitatis causâ recepta fuit contra veterem regulam juris, quæ negabat incertam personam institui posse. Admissâ ergo institutione postumi sui, dubitari cœpit de nepotibus ex filio, qui sui non sunt filio superstite. Et ii vel nascuntur vivo filio, quo casu jure antiquo non possunt institui, quia sui non nascuntur: sed si nascantur præmortuo filio sui sunt, ergo rite in hunc casum, quo sui futuri sunt, ex jure antiquo possunt institui per formulam, quam primus Gallus Aquilius composuit, de qua in principio *d. l. Gallus.* Ante Gallum nesciebant veteres concipere formulam institutionis, quæ valeret ex jure recepto. Ex formula igitur Galli postumi insti-

tuuntur secundùm jus antiquum, in casu quo post mortem sui futuri sunt. Sed si nascatur filius, aut nepos vivo testatore, deficit jus civile, & rumpitur testamentum; jure enim civili permissa non fuit hujus postumi institutio, nec videbatur admodum necessaria; quia ruptum testamentum agnatione filii facilè poterat revocari. Hunc tamen rumpendi casum auferre quoque voluit lex Vellea; quæ primo capite permittit institutionem postumi vivo testatore nasciturі. Et hoc est quod Scævola ait *d. l. Gallus. §. nunc de lege, ff. de liberis & postum. Vivis nobis natos similiter non rumpere*; permissâ nempe institutione in hunc casum, si vivo testatore nascerentur, quod jus antiquum non permittebat.

*3 POSTVMI QVOQVE LIBERI] Postumi dumtaxat ii potissimùm & magis propriè dicuntur, qui post mortem patris, & quasi post humatum patrem nascuntur, *l. 3. §. 1. ff. de injusto rupto.* Quos ideo vtilitatis causâ receptum fuit jure civili institui oportere heredes, contra veterem regulam juris, quæ negabat incertam personam institui posse; quia non instituti solebant rumpere testamentum agnatione, quasi per oblivionem præteriti, Vlpianus *lib. Reg. tit. 22. §. eos.* Idque sine vlla distinctione sexus, id est sive essent filii, sive filiæ. Sed cur filias nascituras nominatim institui magis volebat antiquitas, quàm jam natas? Natis enim præteritis testamentum non rumpebatur, sed portio quædam jure accrescendi eis tribuebatur, vt suprà vidimus. Respondeo, quia præteritio earum natarum filiarum argumentum esset exheredationis, nondum natarum nequaquam; quia prava suspicio patris erga filias omnino non est admittenda sine causa: ideóque verisimilius est patrem nondum natas filias exheredare noluisse, sed immemorem eas præteriisse. & hæc de filiis & filiabus postumis. De nepotibus autem ex filiis, quibus interdum patres superstites tempore facti testamenti obstabant quominus institui possent jure civili, dubitatum est. Sed cùm & isti sublatis de medio patribus vivo adhuc avo, post mortem patris agnascerentur, vtpote primum locum in familia ejus occupantes, & per hoc testamentum avi, in quo præteriti reperiebantur, rumperent; eorum quoque institutiones jure civili permissæ sunt. Primúsque Gallus Aquilius formulam introduxit ex qua instituerentur, in *l. Gallus Aquilius in princip. ff. de liberis & postum.* Quam veterum nemo ante eum concipere adhuc sciverat, licèt jure civili postumorum nepotum institutio, jam longè ante Gallum Aquilium introducta fuisset. Est autem formula Galli in hunc modum concepta, *Si filius meus vivo me morietur; tum si quis mihi ex eo nepos, sive qua neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto, d. l. Gallus.*

4 MASCVLOS VERO POSTVMOS] Serva quod ait, *placuit*, variæ enim hac de re fuisse sententiæ videntur; quia scriptum reperio apud Iustinianum in *d. l. vlt. §. scimus etenim, C. de liberis præteritis*, ipsum filium superstitem inter ceteros exheredari potuisse jure vetustissimo. Et explosâ hac sententiâ, colligere licet ex *l. 3. §. 3. ff. de injusto rupto*, dubitatum fuisse de filio postumo; & hac de re fuisse necessarium D. Marci decretum, ex quo constat nullam esse differentiam inter filium superstitem, & postumum. Sed ceteri postumi præter filios, nepotes puta, vel pronepotes, inter ceteros exheredari potuerunt, cum adjectione tamen legati, auctore Vlp. *lib. Reg. tit. 22. §. nepotes & pronepotes*: tandem igitur placuit & hos postumos nominatim esse exheredandos, vt hoc loco Iustin. docet.

§. II. Postumorum autem loco sunt [5] & hi qui in sui heredis loco suc-

succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes. vt ecce si quis filium, & ex eo nepotem neptémve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut quâlibet aliâ ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptísve in ejus loco succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptémve ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare: ne fortè eo vivo filio mortuo succedendo in locum ejus nepos, neptísve, quasi adgnatione rumpat testamentum. Idque lege Iuliâ Velleâ provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.

Ex Caio l. 13. de injusto rupto.

f POSTVMORVM AVTEM LOCO SVNT] Ex secundo capite legis Velleæ, de quo tractatur in hoc §. nepotes jam nati tempore testamenti, qui parentibus superstitibus non sunt sui; si vivo testatore sui fiant, parentibus, puta, de medio sublatis, in parentum suorum locum succedunt; & ita rumpunt præteriti, id est nisi nominatim instituti, vel exheredati sunt: qui tamen olim non rumpebant, sed, vt suprà docui, adcrescebant in partem. Hos ergo factos suos post testamentum, lex Vellea voluit rumpere successione in locum suorum, his nempe verbis, *In suorum locum sui heredes succedunto*, *d. l. Gallus*, §. *videndum*, *l.* 2. *ff. de vulg. & pupill. l. si quis filium*, *C. de inoffic. testamento.* Iniquum enim esse Velleius existimavit, hos nepotes qui sui fiunt post testamentum, non rumpere testamentum in quo præteriti sunt, argumento nepotum postumorum qui sui agnascuntur, & filiæ postumæ, cujus, vt Caius ait *in institution.* melior conditio erat quàm jam natæ, vel superstitis. Induxit ergo hoc caput secundum legis Velleæ, ex sententia verissima Alciati, & Cujacii, vt essent hi nepotes postumorum loco; & hac quasi agnatione rumperent: hócque rumpendi modo inducto, multos rumpendi casus abstulisse passim dicitur Velleius, à Scævola in *d. l. Gallus*; & potissimùm in casu illo difficili, quo Iulianus duobus capitibus legis Velleæ commixtis, docuit non esse ruptum testamentum, in §. *ille casus*, *d. l. Gallus*.

* f POSTVMORVM AVTEM LOCO] Postumorum loco sunt, qui jam nati tempore testamenti antevertuntur à patribus; sed postea iis, id est patribus, vivo avo mortuis, eorum locum subintrant; ac proinde primum tenent locum, & quasi agnascendo fiunt avo suo heredes, *l. postumorum* 13. *ff. de injusto rupto irrit.* Qui quia jam nati sunt vivo avo, postumi propriè non sunt; sed quia succedendo in locum suorum heredum agnasci quodammodo videntur, postumorum loco esse dicuntur. Et hi sunt, quos lex Vellea secundo capite voluit rumpere testamentum avi, succedendo in locum suorum; nisi nominatim instituti, aut exheredati reperiantur, *d. l. Gallus*, §. *videndum.* Iniquum enim esse Velleius existimavit, hos nepotes, qui sui fiunt post testamentum, non rumpere testamentum in quo præteriti

ſunt; argumento nepotum poſtumorum qui ſui agnaſcuntur. Poſtumi ergo ſunt aut ſui, aut alieni. Sui ſunt, qui nati, & in poteſtate futuri ſunt, & primum heredum locum occupaturi: alieni autem, qui nati inter ſuos heredes futuri non ſunt teſtatori, §. *poſtumo*, *infrà*, *de legat.* qualis eſt nepos ex emancipato, filius conceptus poſt emancipationem patris, & natus poſt mortem avi. Rurſus ſui dicuntur, qui vel poſt mortem, vel poſt teſtamentum naſcuntur, vel quaſi naſcuntur. Nati poſt mortem ex jure antiquo, id eſt jure civili, inſtitui debent. Nati poſt teſtamentum ex jure novo, id eſt ex lege Vellea, quæ paſſim jus novum appellatur. Poſtumi autem alieni jure civili inſtitui non poſſunt, ſed nec eis quicquam omnino legari poteſt, *d.* §. *poſtuma.*

§. III. Emancipatos liberos jure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed Prætor omnes tam feminini ſexus, quàm maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet: virilis ſexus nominatim, feminini verò & inter ceteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerint, neque ita, vt diximus, exheredati, promittit eis Prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.

§. IV. Adoptivi liberi quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quæſiti. itaque heredes inſtituendi, vel exheredandi ſunt, ſecundùm ea quæ de naturalibus expoſuimus. Emancipati verò à patre adoptivo, neque jure civili, neque quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos numerantur. Quâ ratione accidit vt ex diverſo, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem ſunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur: vt eos neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe ſit. quum verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea cauſa eſſe, in qua futuri eſſent, ſi ab ipſo naturali patre emancipati fuiſſent.

§. V. Sed hæc quidem vetuſtas introducebat: noſtra verò conſtitutio inter maſculos & feminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans: quia vtraque perſona in hominum procreatione ſimiliter naturæ officio fungitur, & lege antiquâ duodecim tabularum omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod & Prætores poſtea ſequuti eſſe videntur: ideo ſimplex ac ſimile jus, & in filiis & in filiabus, & in ceteris deſcendentibus per virilem ſexum [6] perſonis, non ſolùm natis, ſed etiam poſtumis, introduxit: vt omnes ſive ſui, ſive emancipati ſunt, vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur: & eumdem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, & hereditatem auferendam, quem filii ſui vel emancipati habent, ſive jam nati ſint, ſive adhuc in vtero conſtituti, poſtea nati ſint. Circa adoptivos [7] autem filios certam induximus diviſionem, quæ noſtrâ conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur.

[6] ET IN CETERIS DESCENDENTIBUS PER VIRILEM SEXUM] Nepotibus, puta, & pronepotibus ex filio, quorum, ut docui, institutio non erat olim necessaria.

[7] CIRCA ADOPTIVOS] De hac divisione adoptivorum ex *l. pen. C. de adoption.* suprà dixi *lib.* 1. ad titulum *de adoption.*

§. VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans [8] an habeat liberos: silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

[8] NON IGNORANS] Rectè, non ignorans, nam si hoc ignoraverit, non habentur pro exheredatis, *l. 9. & 10. C. de testamento militis*, idémque obtinuit in pagano, *l. Titius, ff. de liber. & postum.* quam fideliter nobis tandem exposuit D. Cujacius *lib. 26. Obs. cap. 9.*

§. VII. Mater, vel avus [9] maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere. nam silentium matris, aut avi materni, & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium, filiámve, neque avo materno nepotem, neptémve ex filio si eum, eámve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de jure civili quæramus, sive de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo pòst vobis manifestum fiet.

[9] MATER VEL AVUS] Quia suos heredes non habent, *l. 4. §. ad testamenta, ff. de bonorum possess. contra tab.*

*[9] MATER VEL AVUS] Necessitas instituendorum nominatim vel exheredandorum liberorum, cessat in matre, & ceteris ascendentibus per lineam maternam; quia suos heredes non habent, *l. 4. §. ad testamenta, ff. de bonor. poss. contra tab.* Ideóque præteriti ab his pro exheredatis habentur, nec ullum aliud remedium habent adversus testamentum in quo præteriti sunt, quàm querelam inofficiosi, *l. si instituta, §. fin.* & *l. seq. ff. de inoffic. testam.* Quod jus tamen hodie correctum *Novell.* 115. §. 1. vbi necessitas nominatim instituendi, vel exheredandi liberos, non minùs matri quàm patri imponitur.

De heredibus instituendis.

CAPUT XIV.

HEREDES instituere permissum est tam liberos homines, quàm servos: & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter, quàm cum libertate, rectè instituere licebat. hodie verò etiam sine libertate [1], ex nostra constitutione heredes eos instituere *Ex Caio l. 31. hoc tit.*

permissum est. Quod non per innovationem [2] induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intellegitur [3], in quo nudam proprietatem testator habet, alio vsumfructum habente. Est tamen casus in quo nec cum libertate vtiliter servus à domina heres instituitur, vt constitutione divorum Severi & Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculatum [4], non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerit ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, vt in eumdem à domina collata institutio, nullius momenti habeatur. Alienus servus etiam is intellegitur, in quo vsumfructum testator habet. *Ex Mart. l. 48. eod.*

* Dvbitari potest cur hic titulus separatus sit à superiore, cùm in vtroque agatur de heredum institutione. Sed nota est separationis ratio; in superiori enim agitur de his, qui necessariò instituendi vel exheredandi; in hoc autem generaliter de omnibus qui possunt institui.

* [1] Hodie vero etiam sine libertate] In hac controversa quæstione, prævaluit Atilicini sententia Iustiniani arbitrio; quòd æquius & humanius sit hereditatis dationi tacitè inesse dationem libertatis, *l. pen. Cod. de necessar. serv. heredib. instituend.* Vide Cujac. ad *l. 3. ff. hoc tit.*

[2] Qvod non per innovationem] Novâ tamen humanitatis ratione hoc constitutum fuisse ait Iustin. in §. 2. *suprà, qui & quib. ex caus. manum.* qua nempe Atilicini sententiam, contrariæ ceterorum Iurisconsultorum opinioni præferre non dubitavit Iustin.

* [3] Etiam is intellegitvr] Ita tamen, vt si proprietarius hunc servum heredem instituerit, simúlque liberum fecerit, interturbati non possit vsusfructus; perinde enim fructuarius hoc homine vti potest, ac si adhuc servus esset, *l. 1. §. sin autem proprietarius, Cod. communia de manumiss.*

[4] Advlterio macvlatvm] Martianus in *l. his verbis, §. interdum, ff. eod. tit.* habet *accusatum*, quam lectionem ex hoc loco emendandam esse in *prioribus notis* contendit D. Cujac. fretus auctoritate *l. reos, C. ad l. Iul. de adulteriis*, quæ eodem tempore, eadem de causa, masculum & feminam accusari posse negat. Sed respondeo, non posse quidem eodem tempore accusari ab eodem, posse tamen eodem tempore à diversis accusari singulos, *l. denuntiasse, §. quæritur, ff. ad l. Iul. de adulteriis*: Et ita vtramque lectionem commodissimè defendo. Ceterum hic servus ante sententiam mortuâ dominâ, ejus testamento liber, & heres repertus est, sed frustra; quia nec absolutus hereditatem, vel libertatem, cujus dies inutiliter cessit, habere potest, vt D. Cujac. docuit ad *d. l. his verbis.*

* [4] Servvm advlterio macvlatvm] Rectè maculatum, non, vt ait Martianus in *l. his verbis, § interdum, ff. hoc tit. accusatum.* Duo enim rei adulterii mas, & femina non possunt eodem tempore, ex eadem causa fieri, & ex eadem causa accusari; sed debet vterque ordine, & separatim reus peragi, *l. reos, Cod. ad l. Iuliam de adulteriis.* Ideóque, si ante cognitionem finitam domina decesserit, servus nec liber, nec heres erit; quia dies hereditatis & libertatis inutiliter cessit.

§. I. Servus autem à domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, heresque necessarius. Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest: quia non fit necessarius, quum vtrumque ex domini testamento non consequitur. Quòd si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, & eâ ratione per eum dominus fit heres. nam ipse alienatus neque liber neque heres[5] esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit. destitisse enim[6] à libertatis datione videtur dominus qui eum alienavit. Alienus quoque servus[7] heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.

[5] NEQVE LIBER, NEQVE HERES] Accursius castigandus est, qui aliud esse in legato existimat in *l. si servo cum libertate, ff. de adimend. legat.* Cujus legis diversa est species à specie hujus §. nec enim ait alienatione servi adimi legatum, sed tire ademptâ libertate, ademptum quoque videri legatum. Errare autem Accursium omnino convincit *l. servo libertatem 47. de condition. & demonstrat.*

[6] DESTITISSE ENIM] Plerumque ea quæ tacitè fiunt valent, quæ expressa non valerent, juxta regulam juris, *l. nonnumquam, ff. de condit. & demonstrat. l. expressa, ff. de reg. jur.* Vt in hoc casu, si servus liber, & heres esse jussus sit, nominatim, & expressè adimi non potest libertas à semetipso, quæ nec à semetipso dari potest, quamvis eam servus accipiat à semetipso, *l. 6. §. vlt. ff. hoc tit. l. ex parte, ff. de acquir. heredit.* Et hæc est regula juris, de qua Iulianus in *l. 13. §. regula, ff. de liberis & postum.* vbi rectissimè D. Cujac. docuit legendum esse, *libertatem adimi non posse.*

* [6] DESTITISSE ENIM] Pugnat vehementer *l. 13. §. vlt. ff. de liber. & postum. heredib. instit.* vbi Iulianus ait, regulam juris esse, nec hereditatem, nec libertatem adimi posse servo proprio, qui testamento & liber, & heres esse jussus fuerit. Respondeo, non posse adimi expressè, & nominatim; tacitè tamen posse, vt in d. casu proposito à Iustiniano; quia plerumque ea quæ tacitè fiunt valent, quæ expressa non valerent, *l. expressa, ff. de reg. jur.* Et quòd expressè libertas adimi non possit hoc casu ratio est; quia libertas à semetipso servo adimi non potest, sicut nec à semetipso dari, quamvis eam à semetipso servus accipere dicatur, *l. 6. §. fin. ff. hoc tit.*

[7] ALIENVS QVOQVE SERVVS] Servus alienus rectè instituitur inspectâ personâ domini, cum quo testamenti factionem habemus; servus enim cùm personam civilem non habeat, à domino, vt Theoph. loquitur, χαρακτηρίζεται, *glossæ Philoxeni, personat,* διαχαρακτηρίζω. Personat ergo dominus servum, & inde ratio dubitandi in §. *sequ.* an servus qui sine domino esse videtur, institui possit.

§. II. Servus autem alienus post domini mortem rectè heres instituitur: quia & cum hereditariis servis est testamenti factio. Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: quum etiam ejus, qui in vtero[8] est, servus rectè heres instituitur.

[8] EIVS QVI IN VTERO] Vide omnino in hunc locum Theoph.

§. III. Servus plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus heres, vnicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.

§. IV. Et vnum hominem & plures in infinitum[9] quot quis velit heredes facere licet.

[9] ET PLVRES IN INFINITVM] Id eſt, poteſt teſtator ſine vlla taxatione quot heredes voluerit inſtituere; vt & ſubſtituere, in *principio ſequentis tit.* neque enim hæc poteſtas vllo certo numero eſt circumſcripta.

§. V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim vncias, quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab vncia vſque ad aſſem, vtputà hæc, vncia, ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem vtique ſemper duodecim vncias eſſe oportet. nam tot vnciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi vnum tantùm quis ex ſemiſſe verbi gratiâ heredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & parte inteſtatus decedere poteſt: niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et econtrariò poteſt quis in quantaſcumque voluerit plurimas vncias ſuam hereditatem dividere. *Ex Vlp. l. 50. §. vlt. hoc tit.*

§. VI. Si plures inſtituantur: ita demum partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator eos ex æquis partibus heredes eſſe. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes eſſe. Partibus autem in quorumdam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars aſſi deerit, ex ea parte heres fit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si verò totus as completus ſit, in dimidiam partem vocantur: & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec intereſt primus an medius, an noviſſimus ſine parte heres ſcriptus ſit. ea enim pars data intellegitur, quæ vacat.

§. VII. Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte ſit heres inſtitutus, quid juris ſit. Veluti ſi tres ex quartis partibus heredes ſcripti ſunt. Et conſtat vacantem partem ſingulis tacitè pro hereditaria parte accedere: & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus heredes ſcripti eſſent. & ex diverſo, ſi plures in portionibus ſint, tacitè ſingulis decreſcere: vt ſi, verbi gratiâ, quatuor ex tertiis partibus heredes ſcripti ſint, perinde habeantur ac ſi vnuſquiſque ex quarta parte ſcriptus fuiſſet. *Ex Vlp. l. 13. hoc tit.*

§. VIII. Et ſi plures vnciæ quàm duodecim diſtributæ ſint, is qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idémque erit ſi

dupondius expletus sit. quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium vnciarum.

§. IX. Heres purè & sub conditione[10] institui potest: ex certo tempore[11], aut ad certum tempus non potest: veluti post quinquennium, quàm moriar, vel ex Kalendis illis, vel vsque ad Kalendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet: & perinde esse, ac si purè heres institutus esset. *Ex Papin. l. 34. hoc tit.*

* [10] ET PVRE ET SVB CONDITIONE] Triplex est conditio, casualis, potestativa, & mixta. Casualis est, quæ à fortuna; potestativa, quæ ab hominum voluntate; mixta, quæ ab vtroque pendet, *l. vnic. §. sin autem, Cod. de caducis tollend.* Extraneus sub omni conditione institui potest, filius sub potestativa tantùm, *l. si pater, Cod. de institut. & substitut.* quia incertitudo conditionum quæ in fortunam, non in voluntatem filii collatæ sunt, facit vt filius magis præteritus, quàm institutus esse videatur: vt enim liberi certo judicio à parentum successione removendi sunt, *l. sed sub conditione, ff. de bon. possess. contra tab.* ita & certo judicio institui debent. Certum autem judicium non est, quod ab incerto pendet eventu.

[11] EX CERTO TEMPORE] Ex conditione institui potest heres; quia conditio retrotrahi potest, nec videtur testator medio tempore fuisse sine herede, id est intestatus. Aliud est in tempore, quod non potest retrotrahi: & ideo neque post tempus, neque ad certum tempus heres institui potest. Primo casu, ne medio tempore sit intestatus, quod juris ratio non patitur in pagano: secundo casu eâdem ratione, ne deinde sit intestatus; & quia vix fieri potest vt heres esse desinat, qui semel heres extitit: hæc ergo adjectio temporis, in gratiam testatorum tamquam supervacua rejicitur, & institutio pura censetur. Benignè tamen receptum fuit in tempus, quo quis capax esse cœperit, conferri posse institutionem, *l. in tempus, ff. hoc tit.* hoc enim casu necesse est vt tueamur temporis adjectionem, quod benevolentiæ esse ait Iurisconsultus, id est ex æquo & bono contra subtilitatem juris fuisse receptum.

§. X. Impossibilis conditio[12] in institutionibus & legatis, necnon fideicommissis & libertatibus, pro non scripta habetur. *Ex Vlp. l. 1. de condit. instit.*

* [12] IMPOSSIBILIS CONDITIO] Impossibilis conditio, sive in faciendo, sive in non faciendo consistat, non vitiat institutionem: sed pro non scripta habetur, & perinde est ac si purè facta esset institutio, *l. 3. ff. de condit. & demonstrat. l. 16. in fin. ff. de injusto rupto.* secùs tamen in stipulationibus, & aliis contractibus, *l. impossibilis conditio, ff. de verb. obligat.* Ratio differentiæ redditur à Cujacio ad *d. l. impossibilis*; quia in contractibus cùm res geratur inter duos, non videtur vni mendum excidisse, quod non alter animadverterit, & confestim corrigere potuerit: ideòque si neuter correxerit, videtur vterque à contractu discedere voluisse. In vltimis autem voluntatibus, cùm negotium geratur ab vno, testatore scilicet, ei mendum facilè potest obrepere, & consequenter mendum hoc non vitiat vltimam testatoris voluntatem.

§. XI. Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt: si quidem conjunctim, vt puta si illud & illud factum erit: om- *Ex Paul. l. 5. de condit. instit.*

nibus parendum est. Si separatim: veluti si illud aut illud factum erit; cui libet obtemperare satis est.

§. XII. Ii quos numquam testator vidit, heredes institui possunt: veluti si fratris filios peregri natos, ignorans qui essent, heredes instituerit. ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

De vulgari substitutione.

CAPVT XV.

POTEST autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, vt puta, si ille heres non erit, ille heres esto. & deinceps, in quantum velit testator substituere potest: & novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. *Ex Mart. l. 36. de vulg. & pup. subst.*

SVPERIOR titulus est de heredibus instituendis, hic verò de heredibus substituendis. Heres primo gradu instituitur, substituitur secundo, vel sequentibus, vt Vlp. docet *lib. Reg. tit.* 22. Paulus 3. *Sent. tit.* 4. Modestinus in *l.* 1. *ff. de vulg. & pupill.* Ex quibus intelligimus substitutionem esse institutionem, quæ fit verbis directis secundo gradu, vel sequentibus. Est autem duplex, vulgaris, & pupillaris; hæc in secundum casum acquisitæ hereditatis fieri dicitur, illa in primum non acquisitæ, vulg. *l. precibus, C. de impub. & aliis substitut.* Sunt ergo duo tantùm substitutionum gradus, sed si formulas, vel personas quibus substituitur inspicias, multiplex esse potest substitutio, quod eruditiss. D. Cujac. docuit in *Paratit. ff. & C. de vulgari & pupill. & de impuber. & aliis substitut.*

* SVPERIOR titulus est de primo gradu institutionis, hic de secundo, & tertio, & sequentibus: cùm enim contingere possit, vt qui instituti sunt non sint heredes, aut quia nolunt, aut quia non possunt; eadem lex quæ instituere permisit heredes, permisit etiam plures gradus facere heredum, vt vno deficiente hereditas ad alterum perveniat. Et quamvis verè omnes institui dicantur, cùm instituere nihil aliud sit quàm ponere, & collocare; Iurisconsulti tamen, vt distinctè loquantur, eos qui à testatore in primo gradu vocantur institutos appellant; alios autem qui in secundo, tertio, & sequentibus, substitutos. Itaque instituti dicuntur, quibus primo gradu hereditas defertur; substituti, quibus secundo, tertio & sequentibus, *l.* 1. *ff. de vulg. & pupill. subst.* Vlpianus *lib. sing. Reg. tit.* 22. vnde Caius *lib.* 2. *Instit.* ait substitutionem esse secundi heredis appellationem; & Paulus in *l. ex facto*, §. *Lucius, ff. hoc tit.* institutionem secundi heredis; & Accursius, secundam institutionem. vt hinc substitutio rectè definiri possit, institutio quæ fit verbis directis, secundo gradu, vel sequentibus. Dixi *verbis directis*; quia sola directa substitutio propriè substitutio est; non obliqua, sive fideicommissaria, quæ fit verbis precariis.

Porro directa substitutio, si jus successionis, & casus institutionis inspicias, duplex tantùm est, vulgaris, & pupillaris. Vulgaris est, quæ fit in casum non aditæ here-

hereditatis, hac formula, *si heres non erit.* Et hic primus substitutionis gradus dicitur. Pupillaris, quæ fit in casum mortis pupilli intra pupillares annos hac formula, *si heres erit, & intra pupillares annos decesserit.* Et sic primus casus, & vulgaris verbis negativis concipitur, pupillaris affirmativis. vulgari succeditur testatori; pupillari, pupillo. Vulgaris dicta est à vulgo; quòd cuilibet, & à quolibet de populo testamenti factionem habente, verbis vulgaribus, apertis, & communiter vsitatis fieri possit. Pupillaris à pupillo; quòd à solis pupillis, & solis parentibus qui eos in potestate habent fiat. Si autem formulas, & personas quibus substituitur inspicias, multiplex substitutio est; vulgaris, pupillaris, compendiosa, reciproca, exemplaris, sive quasi pupillaris, quæ & Iustinianea dicitur, quòd à Iustiniano introducta sit, *l. humanitatis, Cod. de impuber. & aliis subst.*

§. I. Et plures in vnius locum[1] possunt substitui, vel vnus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt. *Ex d. l. 36. hoc tit.*

[1] IN VNIUS LOCUM] Substitutus succedit in locum instituti; quia deficiente primo gradu, datur locus secundo. Cave tamen ne cum Accursio locum cum gradu malè confundas: coheres secundo, vel tertio loco dicitur institutus, *l. quo loco 20. l. 60. ff. de heredib. instit.* qui tamen est institutus primo gradu. Locum ergo dicimus ratione scripturæ, gradum ratione successionis; quia à superiori ad inferiorem descendimus ad similitudinem scalarum, locorúmque proclivium, *l. Iurisconsultus, §. gradus, ff. de gradibus & affin.* Theoph. hoc loco in animo habuit nescio quid Geometricum, cùm dixit gradum constare 12. vnciis; potest enim constare ex vnica vncia, si quis heredi ex vncia instituto, qui ex ceteris partibus assis coheredes habet, substiturus sit.

*[1] IN VNIUS LOCUM] Substitutus succedit in locum instituti; quia deficiente primo gradu, datur locus secundo. Locum tamen malè confundit Accursius cum gradu, in *l. 1. in verbo gradu, ff. de vulg. & pupillari subst.* aliud enim est gradus, aliud locus. gradum enim numeramus ex ordine successionis, *l. 2. §. sed si quis ita, ff. hoc tit.* locum autem ex ordine scripturæ, *l. qui solvendo 60.* & *l. quo loco 20. ff. de hered. instit.* Quo fit etiam, vt cùm pluribus simul tota hereditas relinquitur, licèt diversis scripturæ locis, nihil intersit quo loco quisque scriptus sit, vtrum primo, medio, an vltimo, *d. l. quo loco*; quia hoc casu vnus tantùm testamenti gradus est, quem heredes isti simul omnes constituunt, vt rectè Theophil. *in princ. hoc tit.*

§. II. Et si ex disparibus partibus[2] heredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. & ita divus Pius rescripsit.

[2] EX DISPARIBUS PARTIBUS] Species proponenda est de tribus heredibus institutis; primo ex besse, id est 8. vnciis; secundo ex quadrante; tertio ex vncia, ex *l. si plures, ff. de vulg. & pupill. substit.* Theoph. malè omnino posuit speciem de duobus; primo ex septunce, altero ex quincunce.

§. III. Sed si instituto[3] heredi & coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit: divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt ad vtramque partem substitutum admitti. *Ex Modest. l. 4. hoc tit.*

3 SED SI INSTITVTO] Hoc est quod vulgò dicimus, substitutus substituto, est substitutus instituto; quod Papin. respondet in *l. coheredi, ff. de vulg. & pupill.* & hoc loco rescripsisse dicuntur Severus & Antoninus Impp. Responsum igitur, & rescriptum est, sine distinctione substitutum esse admittendum; id est non observato ordine scripturæ, vel mortis, aut repudiationis; vel, vt dicam explicatiùs, sive quis substitutus sit coheredi antequam coheres substituatur coheredi, quod erat difficilius; sive postea sit substitutus, & sive coheres substitutus, post mortem coheredis, vel repudiatam hereditatem, sive antea decesserit. Aliud tamen obtinuit in pupillari, *l. qui habebat, ff. de vulgari & pupill.* quia per pupillarem substitutus succedit filio, per vulgarem verò succedit patri. Vide Cujac. ad *d. l. coheredi, ff. de vulg. & pupill. subst.*

§. IV. Si servum alienum [4] quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, & si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius in partem admittitur [5]. illa enim verba, Si heres non erit, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit. in eo verò quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant, si hereditatem sibi, eive cujus juri postea subjectus esse cœperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

Ex Iuliano l. 40. de heredib. instit.

Ex Pompon. l. 41. eod.

4 SERVVM ALIENVM] Facessit meritò negotium *l. si paterfam. ff. de heredib. instit.* quia in fine d. l. duo semisses fiunt, & alter semis dividitur inter dominum & substitutum. sed *alterum* dici de duobus existimabat vir judicii recti Viglius, in *commentario ad hunc titul.* allato in hanc rem ex Andria Terentii loco: hancque loquendi formam esse ex prisca Latinitate, non ita dudum docuit doctiss. Scaliger in *poster. comment. ad Manil.* vt & illo Livii loco, *Secundo & altero anno*, id est vigesimo secundo; & apud Virgilium:

Alter ab vndecimo jam tum me ceperat annus.

Id est annus decimus tertius. itémque apud Manilium:

Altera bissenis vt sit pars tertia signis.

Altera tertia, id est duæ tertiæ. Et notissima est emendatio D. Cujacii, qui legendum censet, *ita vt as inter eum* &c. Literas enim, vt ait, *a* & *s*, malè Tribonianus existimavit esse notas, vel singulas literas, quas veteres Notarii quibus, vt Poëta ait, litera verbum erat, dixere *sigla*, quasi singula. Et ideo imperitè Tribonianus hæc sic esse interpretanda existimavit, *alter semis*. Quorum quidem præstantiss. virorum interpretationes plausibiles esse nemo non videt; quia ex his commodissimum sensum efficimus, hereditatem esse dividendam inter dominum & substitutum; quod & Theophilo placuit hoc loco.

Sed vt ingenuè dicam quod sentio, aliud scribere & sentire videtur Iulianus; nam quod ait, *duo semisses fient*; sanè hoc sensu scripsisse videtur, vt doceat alterum semissem inter duos esse dividendum, vt in *l. liber homo* 59. *§. Titius, ff. de heredib. instit.* Celsus ait duos semisses esse, quorum alter duobus conjunctim datur, eâdem omnino loquendi formâ. Et ratio tamen hujus sententiæ Iuliani valde obscura est, quare semissem vnum solidum substituto tamquam adjecto deferat, alterum verò

ſemiſſem dividendum eſſe exiſtimet inter eumdem ſubſtitutum, & ſervi dominum cujus juſſu adita hereditas eſt. An quia hic ſubſtitutus, qui admittitur tamquam adjectus, id eſt tamquam coheres, in altero ſemiſſe concurrit cum domino cujus juſſu adita hereditas à ſervo eſt: à ſervo, inquam, quem teſtator patremfam. exiſtimabat, & poſſe jure ſuo adire hereditatem; quaſi hic ſervus fingatur communis inter dominum & ſubſtitutum, vt in ſpecie *l. 38. §. vlt. & l. ſeq. ff. de hered. inſtit.* Idem Iulianus & Marcianus cenſent, inſtituto ab emptore ſervo vendito, nondum tamen tradito, eidémque dato coherede; ſi ſervus adeat juſſu domini, id eſt venditoris, quem conſtat eſſe dominum ante traditionem: duo dicuntur eſſe domini ſervi, venditor & coheres adjectus; ita tamen, vt dimidia ſervi pertineat ad venditorem, qui alteram dimidiam tenetur tantùm reſtituere; & rurſus dimidiam tantùm portionis hereditariæ in qua ſervus inſtitutus eſt, id eſt quartam hereditatis, non totum ſervum, non totum ſemiſſem. Quam ſententiam Marcellus notabat in *d. l. 39.* & rejectâ hac commentitiâ communione, totum ſervum, totúmque ſemiſſem heredi emptoris cenſet eſſe reſtituendum. An igitur hoc caſu, vt in d. ſententia Iuliani, inſtitutione ſervi nondum traditi, quem teſtator fortè ante traditionem ſuum eſſe exiſtimabat, ſervo adeunte juſſu venditoris duo conſtituuntur domini: ita quoque duo ſunt domini conſtituendi in hac inſtitutione ſervi, quem patremfam. teſtator eſſe exiſtimabat. Sed vt in prima Iuliani ſpecie valde obſcurum eſt quod Iulianus voluit, & meritò notatur, id eſt reprehenditur à Marcello; ita & in hac ſpecie obſcurius eſt, quod Iulianus ait de altero ſemiſſe dividendo inter dominum & ſubſtitutum. Et ſi quædam lux adeò tenebroſo loco dari poteſt, ex d. ſpecie huic valde ſimili, & proximo loco tractatâ omnino repetenda eſt: niſi quis malit recurrere ad Cujacii emendationem, quæ meritò diſplicet multis; quia non videtur adeò inſolens, & imperitus fuiſſe Tribonianus: vel ad priſcam illam Latinitatem, quam non poſſum in his libris ſine exemplo admittere. Et vt ſuperior Iuliani ſententia rectè reprehenſa fuit, ita & hæc valde opportuna eſt reprehenſioni, nec obtinuiſſe videtur: & ideo hic §. ſimpliciter ait ſubſtitutum admitti in partem, id eſt in ſemiſſem tantùm, rejectâ Iuliani ſententiâ.

*5 MÆVIUS IN PARTEM ADMITTITUR] Licèt regulariter ſubſtitutus non admittatur cum inſtituto, *l. 3. ff. de acquir. vel om. heredit.* æquius tamen viſum eſt admitti hoc caſu, tuendæ voluntatis defuncti causâ; quia nec heres ſcriptus contradicente ſubſtituto ſecurus eſſe poterat, propter errorem teſtatoris qui ingenuum heredem habere voluit: nec viciſſim ſubſtitutus poterat eſſe heres, niſi ſervi inſtitutio valeret; nam vbi inſtitutio non valet, ibi nec ſubſtitutio, *l. ex pupillari, ff. de vulg. & pupillari.* Igitur, vt vtrique conſuleretur inſtituto & ſubſtituto, nec omnino defuncti voluntas everteretur, vterque ad hereditatem ſimul admiſſus eſt. Sed in quam partem? varii variè definierunt. Theophilus voluit hîc ſubſtitutum vocari in dimidiam; Accurſius in quartam tantùm, vel in dimidiam ſemiſſis, quæ eſt quarta totius hereditatis; Cujacius Theophilum ſequutus, in dimidiam hereditatis, nec movetur *l. ſi paterfam. ff. de heredib. inſtituend.* vnde hoc totum deſumptum eſt, quæ vult duos ſemiſſes fieri, ita vt alter ſemis dividatur inter dominum ſervi, & ſubſtitutum, ita vt quarta tantùm pars perveniat ad ſubſtitutum. Ait enim Tribonianum perperam legiſſe hæc Iuliani verba in *d. l. ſi paterfam. ita vt as,* tamquam ſi verbum illud *as* pro notis accipiendum eſſet, & ſignificaret *a* alter, *ſ* ſemis; cùm revera pro ſolo aſſis verbo illa duo elementa legenda ſint: & hanc Cujacii conjecturam jam plerique vt veriſſimam ſequuntur.

De pupillari substitutione.

CAPVT XVI.

LIBERIS suis impuberibus, quos in potestate[1] quis habet, non solùm ita, vt suprà diximus, substituere potest: id est, vt si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres: sed eo ampliùs, vt & si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit ei aliquis heres: veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit, siue heres erit, & priùs moriatur, quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto. quo casu siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri sit heres: si verò extiterit heres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit heres substitutus. nam moribus institutum est[2], vt quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

* 1 QVOS IN POTESTATE] Rectè ait *in potestate*, nam substitutio pupillaris est effectus patriæ potestatis: ideóque mater filio pupillariter substituere non potest, quia eum non habet in potestate. Obstare videtur *l. si mater 33. ff. de vulg. & pupill.* vbi mater dicitur filio in pupillaribus tabulis substituisse. Respondeo, matrem eo loci substituisse filio vulgariter, non pupillariter; id est in primum casum, non in secundum: dicit tamen pupillares tabulas ab ipso nomine pupilli, cui mater in primum casum substituerat.

2 NAM MORIBVS INSTITVTVM EST] Ait hanc substitutionem moribus introductam fuisse, quod Vlp. confirmat in princip. *l. 2. ff. de vulgari & pupill. substit.* moribus, id est jure ciuili, *l. ex facto, ff. eod.* Et ita, quod moribus introductum esse dicitur in *l. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* & in *l. 27. ff. de pactis dotal.* id ex jure ciuili esse ait *l. 5. §. 1. ff. eod. de pactis dotalib.* & *l. 5. §. si quis certam, ff. de jure dotium.* Est ergo hæc substitutio ex jure illo, quod proprio nomine vacat; & ideo communi nomine designatur, vt rectè Theoph. docuit in *principio tit. de acquisit. per adrogat.* Est autem jus quod auctoritate, & interpretatione prudentum receptum est; à quibus suprà docui *lib. 1.* patriam potestatem fuisse receptam, quæ & moribus recepta fuisse dicitur in *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel alieni jur.* Et inter cetera quæ patribus hoc jure concessa sunt hoc est valde singulare, vt pro filiofam. impubere testamentum faciant; non solùm instituto, quod tolerabilius est, sed etiam exheredato, vt non suis, sed alienis bonis substituant, *l. sed si plures, §. ad substitutos, ff. de vulg. & pupill.* Valde ergo hac interpretatione ampliata fuit lex XII. tab. quæ de pecunia sua, non de aliena loquebatur, *l. verbis 120. ff. de verb. sign.*

Proponit autem Iustin. hoc loco exemplum substitutionis pupillaris, quam nominatim præcedit vulgaris; quæ substitutio duplex dicitur à Modestino in *l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* & à Theophilo non ineleganter *vulgari pupillaris.* Sed observandum est, casum vulgarem simpliciter expressum, tacitè continere pupillarem; & contrà pupillarem continere vulgarem, *l. 4. ff. eod. tit.* Alio sensu hodie dici-

mus, tacitam pupillarem non excludere matrem à legitima; hanc enim novam, & veteribus incognitam tacitæ pupillaris speciem comminiscuntur, quæ contineri dicitur sub ea, quæ compendio verborum fit hoc modo, *quandocumque decesserit*, non expressâ nominatim ætate pupillari. At si pupillaris ætas expressa sit, mater excluditur: & ita intelligendam esse censent *l. Papinianus*, §. *sed nec impuberis*, *ff. de inoffic. testamento.* Hæc sunt arcana novæ jurisprudentiæ, quæ hodie in foro benignâ interpretatione prævaluit.

*[2] NAM MORIBVS INSTITVTVM EST] His verbis legis XII. tab. *uti rei suæ legassit ita jus esto*, potestas cuique data erat de suo dumtaxat testandi, non de alieno; ac proinde patri ex ea lege, ne de re quidem filii testari licebat. Verùm, quia ita accidebat vt per pupillum qui testari non poterat, hereditas ad legitimos pupilli heredes perveniret, etiam invito patre; tandem concessum est patri filio suo impuberi dare heredem, eidémque testamentum facere: quod jus Vlpianus in *l. 2. ff. de vulgari & pupill.* moribus introductum fuisse scribit, id est interpretatione prudentum ad legem XII. tab. Quæ enim à prudentibus viris in foro vexata, agitata, & examinata sæpius disputatio, ac deliberatio judiciaria fuit; ea legum interpretatio est, & jus quod moribus introductum esse dicitur, *l. 2. §. his legibus, ff. de orig. jur.* Prudentes igitur, ne pupillaris hæc ætas alienis fraudibus obnoxia, propinquorum insidiis appeteretur, introduxerunt substitutionem pupillarem; benignè amplificatâ lege XII. tab. quæ de rebus tantùm suis, non alienis, potestatem testandi faciebat, *l. verbis 120. ff. de verb. sign.*

§. I. Quâ ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro codice, quâ prospectum est, vt si mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere. sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari. & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

§. II. Igitur in pupillari substitutione secundùm præfatum modum ordinatâ, duo quodammodo sunt testamenta[3]: alterum patris, alterum filii: tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certè vnum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.

*[3] DVO QVODAMMODO SVNT TESTAMENTA] Si testator, & testamenti solemnitas spectatur, vnum est testamentum, *l. patris, ff. de vulg. & pupillari.* Primò, quia vnus solus est qui testatur, nimirum pater. Secundò, quia pupillare testamentum paterno inest, tamquam pars & sequela ejus. Tertiò, quia vtriusque vna solemnitas, numerus scilicet septem testium sufficit. Quartò, quia contribuuntur legata relicta primis, & secundis tabulis, & ex his vna Falcidia detrahitur, *l. in ratione 11. ff. ad l. Falcid.* Si autem patris & pupilli hereditas spectatur, duo sunt testamenta, *l. 2. §. prius, ff. eod. de vulg. & pupill. subst. l. in duplicibus, ff. ad leg. Falcid.* Potest itaque dici vnum, & duplex diverso respectu; quia in eo paterna, & pupillaris hereditas relinquitur. Et priùs quidem patris, deinde filii; priùs enim pater de suis, deinde de filii bonis per pupillarem substitutionem testatur, *d. l. patris.* vnum dici potest propter rationes suprà allatas.

§. III. Sin autem quis ita formidolosus sit, vt timeret ne filius ejus,

pupillus adhuc, ex eo quòd palàm substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subiceretur: vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus, debet: illam autem substitutionem, per quam, & si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eámque partem proprio lino, propriáque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere debet[4], ne inferiores tabulæ vivo filio, & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideo minùs valere[5] substitutionem impuberis filii, quòd in hisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis pupillo hoc periculosum sit.

4 IN PRIORE PARTE TESTAMENTI CAVERE DEBET] Iuxta hoc consilium, in *l. vlt. ff. ad Trebell.* Iulius Phœbus Polycrati secundas tabulas fecisse dicitur, quas matri ejus commendavit aperiendas, si impubes obiisset.

5 NON IDEO MINVS VALERE] Quia hanc cautionem suggerit tantùm meticulosis auctoritas prudentum; nullâ tamen injectâ necessitate.

§. IV. Non solùm autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, vt si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredatis[6]. Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus, legatísve, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegimus[7].

*6 SED ETIAM EXHEREDATIS] Quia tanta vis est patriæ potestatis, ex qua pupillaris substitutio inducta est; vt non solùm filio heredi instituto, sed etiam exheredato pater substituere possit, *l. 10. §. ad substitutos, ff. de vulg. & pupill.* Pater enim qui filio substituit pupillariter, substituit non quia heres est filius, sed quia filius in potestate ejus constitutus est. Nec obstat quòd pater legata in tabulis pupilli exheredati relinquere non potest, *l. 126. ff. de leg. 1. l. cùm quidam 24. Cod. de legat.* nam legatum est onus heredis, quod præstari debet de substantia testatoris; non pupilli qui heres non est, & ad quem nihil ex bonis paternis pervenit.

*7 EADEM ETIAM DE POSTVMIS INTELLEGIMVS] Postumis pupillariter substitui non posse quis dicere posset; cùm postumi nondum nati non sint in potestate, inquit Paulus in *l. fin. ff. de collat. bonor.* Respondeo, postumos cùm agitur de collatione bonorum non esse in potestate, quoniam solis natis confertur: At cùm agitur de substitutione pupillari, postumi in vtero pro jam natis habentur; quoniam de eorum commodo agitur, interest enim postumi, postquam natus fuerit ne moriatur intestatus. Et ita verum est quod ait Vlpianus in *l. qui in vtero, ff. de statu hom.* in toto pene jure civili eum qui in vtero est, pro jam nato haberi.

§. V. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat[8]. nam pupillare testamentum, pars & sequela[9] est paterni testamenti: adeò vt si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

Ex Vlp. l. 2. §. quisquis de vulg. & pupill. subst.

** NISI ET SIBI FACIAT] Dices: si pater substituat exheredato, nullâ hoc casu ante substitutionem institutio est. Respondeo, non esse institutionem filii exheredati, sed esse extranei alicujus heredis; pater enim filio testamentum facturus, debet sibi prius facere, *l. moribus*, §. *prius*, *ff. de vulg. & pup. subst.* nec refert pupillum heredem sibi faciat, an extraneum aliquem; sufficit enim aliquem, & qualem voluerit facere.

* PARS ET SEQVELA] Idem de codicillis dicitur, quos constat posse præcedere testamentum. Et substitutio pupillaris quamvis præcedat, erit tamen sequela, vel ratione successionis non observato ordine scripturæ, quem non tenetur observare paterfam. si filius cui pupillariter substituit, heres deinde instituatur. At si sit exheredatus, priùs sibi debet testamentum facere, nec potest invertere ordinem scripturæ. Et ita rectè veteres accipiunt *l. 2.* §. *prius*, *ff. de vulg. & pupill.* vt prima pars intelligatur de exheredato, secunda de instituto.]

Ratio differentiæ est elegantissima, & vulgò non explicata. Traditio veterum, vel regula juris quod moribus receptum fuit hæc est; licere parentibus singulis liberorum, quos in potestate habent, substituere institutis, vel exheredatis. Cùm ait *substituere*, hujus verbi vis & potestas esse videtur, vt priùs teneatur pater sibi instituere; substitutio enim non dicitur, nisi relatione institutionis. Et hoc est quod ait *d. l. 2.* §. *vlt. hoc ideo adjectum est.* id est, ideo ita loqui regulam, substituere licere, vt intelligamus præcedere debere institutionem; quod omnino necessarium est, si à parente filio substitutus, non possit dici substitutus ratione successionis. Cùm enim ex vi hujus verbi, *substituere*, generaliter constituendum esset præcedere debere institutionem; obtinuit tamen hunc scripturæ ordinem invertere licere, si filius heres instituatur; quia inspecto ordine successionis, rectè dicitur substitutus is, qui primo loco pupillariter substitutus est. Successio autem esse non potest nisi sint duo gradus, id est nisi secundus gradus succedat primo, vel deinceps. vt in hac specie, filio quis substituit pupillariter Titium, deinde filium instituit; filius inverso ordine secundo loco institutus, primùm succedit patri, deinde substitutus filio. Datur ergo successio in instituto, quæ dari non potest in exheredato; substitutus enim exheredato, succedit exheredato qui non succedit patri: imò contingere potest, vt eodem tempore institutus succedat patri, substitutus verò exheredato. Nulla ergo fingi potest successio, cujus ratione defendamus hanc substitutionem; & deficiente ratione successionis necessarium omnino est, vt dicatur substitutus ex ordine scripturæ, quâ pater filium exheredavit, instituitque sibi heredem, ac deinde exheredato substituit: quia in scriptura præcedit institutio extranei, non impropriè substitutus exheredato, substitutus dicitur respectu præcedentis institutionis. Hoc ergo casu servare debemus ordinem scripturæ, vt dici possit substitutus.

Summa hæc sit, substitutus dicitur ratione successionis, vel ordine scripturæ; qui primo modo esse non potest, necesse est vt sit secundo modo.

§. VI. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatò decedere voluit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit. *Ex Florent. l. 37. de vulg. & pup. subst.*

§. VII. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti Titius: aut generaliter, vt quisquis mihi heres erit. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, *Ex Caio l. 3. de vulg. & pupill.*

qui & ei scripti sint heredes & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt.

§. VIII. Masculo igitur vsque ad quatuordecim annos substitui potest: feminæ vsque ad duodecim annos. & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit[10].

[10] SVBSTITVTIO EVANESCIT] Licèt nominatim longius tempus comprehensum sit, *l. in pupillari, ff. de vulg. & pupill.* quo casu si moriatur filius intra pubertatem, valet substitutio: si verò post pubertatem, jure civili omnino inutilis & nulla est substitutio, *l. verbis, ff. eod.* Privilegio tamen militiæ, velut ex causa fideicommissi, in milite defendimus substitutionem, id est dicimus non valere quidem jure directo, sed jure fideicommissi, *l. centurio, ff. eod. l. precibus, C. de impuber. & aliis substitut.* Quod indistinctè hodie obtinet ex jure Pontificio, *vulg. cap. Rainutius extra de testamentis*, hoc colore sive prætextu; quia verba quibus hodie in testamentis vtimur, *quandocumque sine liberis decesserit*, facilè trahi possunt ad fideicommissum.

§. IX. Extraneo verò, vel filio puberi heredi instituto[11], ita substituere nemo potest: vt si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. sed hoc solùm permissum est, vt eum per fideicommissum[12] testator obliget, alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere. quod jus quale sit suo loco trademus.

[11] HEREDI INSTITVTO] Rectè instituto, nam exheredatum frustra rogaret de hereditate restituenda; fideicommisso enim tantùm continentur bona testatoris, non bona heredis propria, *l. coherede, §. quod si heredem, ff. de vulg. & pupill.*

[12] VT EVM PER FIDEICOMMISSVM] Hodie vulgò dicitur substitutio fideicommissaria, quæ omnibus, & ab omnibus fieri potest.

Quibus modis testamenta infirmantur.

CAPVT XVII.

TESTAMENTVM jure factum vsque adeò valet, donec rumpatur irritúmve fiat.

DVOBVS modis, ait Vlp. *lib. Reg. tit. 23.* testamentum jure factum, id est his omnibus observatis de quibus suprà dictum est, infirmatur; si ruptum, aut irritum factum sit.

* TESTAMENTVM quod ab initio jure factum est, duobus modis infirmatur; vno si rumpatur, altero si irritum fiat, apud Vlpianum *in Fragm. tit. 23.* Rumpitur autem duobus modis; mutatione, & agnatione sui heredis. Mutatione, per posterius testamentum. Agnatione sui heredis, variè, vel per nativitatem postumi; vel per adrogationem, & adoptionem filii; vel per successionem in locum suorum heredum; vel per conventionem vxoris in manum testatoris post factum ab eo testamentum; & aliis modis de quibus vide Cujacium ad *l. 1. ff. de injusto rupt. irrit.* Irritum autem fit, non aditâ hereditate, & capitis diminutione testatoris.

§. I.

§. I. Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente[1] testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum qui est sui juris, aut per Prætorem secundùm nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui heredis.

[1] IN EODEM STATV MANENTE] Id est non minuto capite; hunc enim primum infirmandi modum, quo testamentum rumpitur, opponit secundo modo, quo capitis minutione in eodem statu manente testatore, testamentum irritum fit, §. *alio autem, infrà, hoc tit.* Theophilus omnino malè legisse videtur, *in eodem statu non manente*; quasi in eodem statu non maneat is, qui filium adoptavit, vel adrogavit; quia novo quodam facto, id est adoptione, vel adrogatione, cœpit habere filium, eumdémque suum heredem, quem tempore testamenti non habebat. Et in hanc rem est elegantissima, quam & forsitan in animo habuit Theoph. *l. filius, §. 1. ff. de liberis & postum.* Sed tamen verissimum est quod hoc loco ait Iustin. non mutari statum testatoris, id est testatorem non minui capite; & rumpi testamentum agnatione, vel quasi agnatione sui heredis, vt Vlp. docet *eod. tit. 23.*

§. II. Posteriore quoque testamento[2], quod jure perfectum est, superius rumpitur. nec interest extiterit aliquis heres ex eo, an non. hoc enim solùm spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideóque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antè quàm hereditatem adiret, decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore: & posterius æquè nullas habet vires, quum ex eo nemo heres extiterit.

*[2] POSTERIORE QVOQVE TESTAMENTO] Obstat *l. cum quidam, ff. de iis quibus vt indign.* in qua testator secundo testamento fecit heredem incapacem, quæ institutio vitiosa est, & tamen primis heredibus, id est scriptis primo testamento, aufertur hereditas; ergo testamentum posterius non jure factum rumpit prius. Respondeo, non ideo auferri hereditatem primis heredibus, quia prius testamentum per posterius ruptum sit; ruptum enim non est, vt ait nominatim *d. l. cùm quidam:* sed quia primi isti heredes voluntatem supremam defuncti non habuerunt, cùm noluerit, eos heredes esse mutatâ voluntate; quò fit, vt fiscus eis vt indignis eripiat hereditatem. Indigni enim non tantùm dicuntur, qui aliquid faciunt contra voluntatem defuncti, sed etiam qui non habuerunt voluntatem ipsius.

§. III. Sed & si quis priore testamento jure perfecto, posterius æquè jure fecerit: etiamsi ex certis[3] in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus rescripserunt. cujus constitutionis verba inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum est. Imperatores Severus & Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licèt in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum men- *Ex Mart. l. 29. ad SC. Trebell.*

tio facta non esset: sed teneri heredem scriptum [4], vt contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba, quibus vt valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

[3] ETIAMSI EX CERTIS] Dubitari meritò potuit, vtrum posterius testamentum, in quo heres ex certis rebus institutus est, possit superius testamentum rumpere; hæc enim institutio ipso jure non valet, & solet judex familiæ ercifcundæ ex æquo & bono, contra subtilitatem juris tueri voluntatem testatoris, *l. qui non militabat, ff. de heredib. instit. l.* 1. *C. Gregor. famil. ercifcundæ.* Sed ex rescripto Severi & Antonini, quod proponitur in hoc §. & in *l. si quis priore* 29. *ff. ad Trebell.* nullus linquitur dubitandi modus; quia perinde jure valet testamentum, ac si rerum mentio facta non esset, id est rejicitur hæc rerum mentio, & perinde est, ac si heres purè & simpliciter institutus fuisset. quod rescriptum videtur fuisse necessarium; quia, vt rumpatur prius testamentum, nominatim hoc desideratur, vt posterius omnibus numeris perfectum & absolutum sit: & videtur hoc testamentum hac parte deficere; quia jure ipso ex certis rebus institui non potest.

*[3] ETIAMSI EX CERTIS] Licèt institutio ex certis rebus, sive speciebus, ipso jure omnino inutilis non sit, cùm detractâ rei mentione trahatur ad vniversam hereditatem, *l.* 1. §. *si ex fundo, l.* 10. *ff. de heredib. instit.* meritò tamen dubitari potuit, vtrum posterius testamentum, in quo heres in certis rebus institutus est, possit superius testamentum rumpere. Cùm enim res certas tantùm expressit testator, non videtur satis valido argumento voluntatis mutationem ostendere; maximè autem cùm necesse sit omnino, vt rumpatur prius testamentum, posterius omnibus numeris perfectum esse & absolutum. sed ex rescripto D. Severi & Antonini, quod proponitur *in hoc* §. & in *l. si quis priore, ff. ad senatusconsultum Trebell.* nullus relinquitur dubitandi locus; quia perinde valet testamentum, ac si certarum rerum mentio facta non esset, & purè ac simpliciter heres institutus esset.

[4] SED TENERI HEREDEM SCRIPTVM] Posteriori testamento prius rumpitur; potest tamen superius posteriori ita confirmari, vt valeat jure fideicommissi, vel jure codicillorum, *l. quærebatur, ff. de testamento militis.* quo genere confirmari non potest superius principale per posterius pupillare, quia pupillare non potest infirmare superius principale; frustra ergo confirmaret, quod non infirmat. Et hæc est certissima sententia *l. ex pupillari, ff. de vulg. & pupill.* quam nos docuit D. Cujac.

§. IV. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: veluti quum is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit. quod quibus modis accidat primo libro retulimus. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quùm alioquin & quæ rumpantur irrita fiant: & quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt. & ea quæ jure facta sunt, & postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.

§. V. Non tamen per omnia[5] inutilia sunt testamenta, quæ, ab initio jure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modò defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit: non potest scriptus heres secundùm tabulas bonorum possessionem petere.

[5] NON TAMEN PER OMNIA] Vide in hunc locum Vlp. *d. tit.* 23. §. *si septem signis.* Hæc autem bonorum possessio, quam Prætor dat, erit sine re; si is forsitan, qui exceptione doli mali opposità tentat excludere heredem scriptum, favorabilis persona sit, & rem omnimodo habiturus sit ab intestato: hoc enim est quod Papin. ait in *l. qui ex liberis*, §. *ult. ff. de bonorum possess. sec. tab.* Hanc exceptionem ex persona ejus qui opponit esse æstimandam.

§. VI. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id noluit valere: vsque adeò vt & si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, non perfecerit: divi Pertinacis oratione cautum sit, ne aliàs tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint. nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est[6].

[6] NAM IMPERFECTVM TESTAMENTVM SINE DVBIO NVLLVM EST] Si tamen in priori scriptus sit extraneus, in inferiori verò is qui rem ab intestato habiturus est; superius perfectum rumpitur per posterius imperfectum, *l. hac consultissima*, §. *si quis autem*, *C. de testamentis.* Eâdémque lege §. *ex imperfecto*, testamentum imperfectum valet inter liberos. Imperfectum autem testamentum dicitur, in quo solemnia juris, de quibus suprà *tit. de testamentis ordinandis*, observata non fuerunt.

§. VII. Eâdem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causâ Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce heredis nomen admissurum: neque ex vlla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundùm hæc divi quoque Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt. Licèt enim (inquit) legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.



De inofficioso testamento.

CAPVT XVIII.

QVIA plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt, inductum est[1] vt de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exheredatos, aut iniquè præteritos[2]: hoc colore quasi non sanæ mentis[3] fuerint, quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est. *Ex Vlp. l. 1. & Mart. l. 2. hoc tit.*

[1] INDVCTVM EST] An lege Glicià, eâdémque lege taxata fuit portio quæ querelam excludit, vt placuit viro præstantissimo? Lex enim passim inducere dicitur quod probat *lib. Obs.* 14. *cap.* 14. Et vti quoque aliquando lex solet in novis rebus constituendis colore, prætextu, fictionibus, vt de lege Cornelia notissimum est. Sed vereor ne nimis fragile sit argumentum, quod ex sola inscriptione *l.* 4. *ff. eod. tit.* ducimus; potuit enim Iurisconsultus ad legem Gliciam scribens, cujus tantùm meminit inscriptio, ex ἀκολουθίας, & consequentia sermonum arripere occasionem, vt fit, explicandæ rationis, quâ obtinuit filium exheredatum agere posse querelâ inofficiosi testamenti. Et magis placet quod alii censent, auctoritate, & interpretatione prudentum hoc introductum fuisse, vt pro furioso habeatur is, qui non ex officio pietatis testatur. Vt eodem jure receptam fuisse interdictionem quæ prodigo fit; quia furioso comparatur, suprà duobus locis docui. Si lex hoc induxisset, non fuisset grave Iurisconsultis rem tam magni momenti tribuisse legi; quos constat diligenter separasse jus quod ex legibus, senatusconsultis, rescriptis Principum descendit, à ceteris partibus juris civilis.

Cùm ergo simpliciter scriptum sit, hanc querelam inductam fuisse; valde proclive est rem omnem referre ad interpretationem prudentum, & disputationem fori, de qua in *l.* 2. *§. his legibus, ff. de orig. juris.* Si enim diligentiùs inspicias ea omnia, quæ in hoc jure constituendo sensim recepta sunt; vbique certissima reperies vestigia juris, quod ab interpretatione, & disputatione fori descendit, & vsu receptum est. Primum enim, suadentibus peritis juris, id est prudentibus, cœperunt exheredati filii hanc querelam apud Magistratum proponere, id est implorare Magistratus officium extra ordinem, omni legitimâ, & solemni actione destituti; quod ipsum nomen querelæ indicat satis. Eadémque de re aditum fuisse D. Augustum constar, ex notissimo Valerii Maximi loco, *lib.* 7. *cap.* 7. Et ita hoc paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; vt de fideicommissis dicitur infrà *tit. de fideicommiss. heredit.* Eâdémque solertiâ forma hujus querelæ instituendæ diligentiùs constituta fuit, & cœpit vocari actio. Deinde lege Falcidiâ latâ sub Augusto, quæ quadrantem omnium bonorum heredi scripto dedit; ad quem passim pertinere dicitur hæc portio jure testamenti, jure institutionis, *l. qui duos, ff. de vulg. & pupill. subst. l. pater, ff. ad l. Falcid.* Prudentes induxerunt eamdem portionem sufficere ad excluden-

dum querelam; & omnino esse præstandam liberis, quos natura ad hereditatem parentum vocat, vulg. *l. cùm ratio 7. ff. de bonis damnat.* Et ideo deberi de jure naturæ, κτ' φύσιν, vt loquitur *Nov.* 1. vt porrio heredis scripti jure testamenti. Inductam autem fuisse legem Falcidiam ad hunc casum, vel hoc potissimum convincit; quòd passim appellatur hæc portio Falcidia: quæ si à lege Glicia taxata fuisset, quare non retineret nomen vetustioris legis, quod semper retinet Falcidia ad diversos casus inducta senatusconsultis, constitutionibus Principum, & auctoritate prudentum?

Quibus omnibus adde & hoc; eâdem auctoritate inductum videri, vt quinquennio excludatur hæc querela, cùm antea biennio excluderetur, id est vsucapione legis XII. tab. vt docet Plinii *epist.* 1. *lib.* 5. Quod post tempora Plinii receptum videtur, postquam constitutionibus Nervæ, & Marci Imper. constitutum fuit, post quinquennium de statu defuncti non esse quærendum, vt in *tit. ff. ne de statu def. post quinq. quæratur*; quasi memoria, & status defuncti ratione quâdam lædatur hac accusatione, quæ, vt Valerius Max. loquitur in *fine cap.* 8. *lib.* 7. mortui cineres quietos esse non patitur. In hac enim accusatione vel querela, tamquam in crimen quoddam, quod judicio publico vindicari solet, subscribere solebant, vt docet *d. ep. Plinii.* & defunctos parentes furoris insimulabant; quod forsitan illis permittendum esse placuit intra tempus, quo ex ipsis constitutionibus de ipso statu defuncti quæri potest: quam tamen conjecturam meam vobis excutiendam relinquo.

* 1 INDVCTVM EST] Non certâ constitutione aliquâ, vt voluit Duarenus; non lege Gliciâ, vt Cujacius *lib.* 14. *Obs. cap.* 14. ostendit, ex inscriptione *l.* 4. *ff. hoc tit.* sed interpretatione prudentum, vt jam fere omnes agnoscunt. Prudentes enim cùm viderent patres novercalibus delinimentis instigatos patriâ potestate abuti, malignè contra sanguinem suum inferentes judicium, *d. l.* 4. legem illam decemviralem, quæ testamenti factionem adimebat furiosis, vel dementibus, interpretatione suâ ad eos, qui contra officium pietatis testati fuissent, produxerunt. Quasi & ii furiosi, & dementes videantur, & consequenter factionis testamenti quasi incapaces: non quidem ab initio & statim testamenti facti tempore, sed postquam ex causa, de inofficioso scilicet, cognovit judex, & pronuntiavit adversus testamentum. Opus enim est sententiâ judicis; cùm, inspectâ legum solemnitate, testamentum inofficiosum neque nullum, neque injustum, neque ruptum aut irritum dici possit: nec priùs jure civili turbari, aut infirmari possit, quàm propositâ querelâ, sequutáque sententiâ, *l. non putavit, ff. de bon. poss. contra tab.* Nec obstat quod dicitur in *l.* 2. *Cod. de edicto D. Adriani toll.* testamentum inofficiosum vitio subjectum esse; illud enim, non de testamenti, sed de testatoris ipsius vitio intelligendum est, argumento *l. nihil interest*, §. *si cùm filius, ff. hoc tit.* Constat enim eum qui agit de inofficioso, testatoris, non testamenti vitium arguere; cùm rem hoc colore defendat apud judicem, quasi furiosus, & non sanæ mentis fuerit, qui contra officium pietatis est testatus, *l. hoc colore, ff. hoc tit.*

* 2 AVT INIQVE PRÆTERITOS] Hoc de præteritis à matre, vel avo materno, qui pro exheredatis habentur, intelligendum est, non de præteritis à patre; quia præteriti à patre ab initio nullum testamentum reddunt, vt diximus suprà in *tit. de exhered. liber.*

3 QVASI NON SANÆ MENTIS] Furor est spretis suis, extraneos heredes instituere. Plinius *in panegyr. Trajani: Non tu falsis, non iniquis tabulis advocaris; nullius ad te iracundia, nullius impietas, nullius furor confugit.*

§. I. Non autem liberis tantùm[4] permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verumetiam parentibus liberorum. Soror autem & frater[5] turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt[6]. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Vltra fratres igitur & sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere. *Ex Vlp. l. 1. hoc tit.*

*4 NON AVTEM LIBERIS TANTVM] Non tantùm liberis exheredatis querela concessa est, sed etiam parentibus exheredatis; quia non minùs piè parentibus liberorum, quàm liberis parentum hereditas relinqui debet, *l. nam etsi, ff. hoc tit.* Licèt enim in quærendo potior sit causa liberorum, *l. pater filium, ff. hoc tit.* quia naturæ ordo, patrísque affectio & votum hoc est, vt filius supervivat, & succedat patri; quia tamen hic ordo naturæ sæpe turbatur, ratio pietatis sive miserationis exigit, vt si patri non fuerit relicta quarta debitæ portionis, ei de inofficioso competat actio, *d. l. nam etsi.* Nec interest, an nominatim parentes sint exheredati, aut præteriti; nam præteritio parentum habetur pro exheredatione. Denique datur querela fratribus exheredatis: fratribus, inquam, germanis, non vterinis; licèt consanguinitas soluta sit emancipatione, *l. fratres, Cod. hoc tit.* Ita tamen, si improbum sit testamentum, id est si in testamento fratris turpis persona scripta sit heres.

5 SOROR AVTEM ET FRATER] Hoc accipiendum esse de consanguineis, non de vterinis constat, ex *l. fratres, C. hoc tit.* vbi cave ne tibi imponat Accursii glossa illo loco, *Maximísque beneficiis suum patronum assequuti. Beneficiis*, inquit, *id est maleficiis.* Eamdémque interpretationem asserere tentavit in *l. contra, ff. de legib.* & ita in libro Iobi vetus interpres dixit *benedicere*, pro *maledicere*. sed repetendum *τὸ non ἀπὸ κοινοῦ*, vt magistri Græci loquuntur; vt sit, non bene merentes, & non maximis beneficiis suum patronum assequuti.

6 PRÆLATI SVNT] Quia prælatio turpium personarum in testamento fratris contumeliosa videtur, vt eleganter ait Valerius Max. *lib. 7. cap. 8. in fine.*

§. II. Tam autem naturales liberi, quàm secundùm nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso[7] testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

7 ITA DEMVM DE INOFFICIOSO] Hoc planè est quod ait *l. vlt. §. nam cum, C. de liberis præterit.* querelam inofficiosi testamenti esse vltimum adjutorium, nec dari liberis qui aliud præsidium habent; puta liberis præteritis, qui venire possunt jure accrescendi jure antiquo, vel jure bonorum possessionis contra tabulas, vt ex *d. lege* rectissimè D. Cujac. docuit in *posterioribus notis.* Hoc autem remedium querelæ excogitatum est à prudentibus in gratiam liberorum, qui à parentibus exheredati, nullo alio jure ad hereditatem venire possunt, *l. non putavit, ff. de bonor. poss. contra tab.* Potuit tamen exheredatus dicere testamentum nullum, ruptum, aut irritum; & hoc vel illo modo separatim agere, *l. 8. §. si quis 12. ff. hoc tit. l. contra, C. eod. l. 3. C. de petit. hereditat.*

§. III. Sed hæc ita accipienda[8] sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est, quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars[9] hereditatis, vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querelâ quiescente, id, quod eis deest vsque ad quartam legitimæ partis repleatur[10]: licèt non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

* 8 SED HÆC ITA ACCIPIENDA] Introductâ querelâ inofficiosi ex interpretatione prudentum, cùm frequenter apud Centumviros, quorum de justis & injustis, ratis, & irritis, ac inofficiosis testamentis notio erat, parentum testamenta oppugnarentur, & rescinderentur vt facta à furiosis, & mente captis; & ob id parentum pudor, & naturæ verecundia læderetur: moribus postea receptum est, vt quibus quarta pars legitimæ portionis ab intestato contingentis relinqueretur, hi ab inverecunda illa oppugnatione removerentur.

* 9 SIN VERO QVANTACVMQVE PARS] Hujus juris primus auctor fuit Iustinianus in *l. omnimodo, Cod. hoc tit.* nam ante eum nisi quarta relicta fuisset, perinde licebat de inofficioso agere, ac si nihil omnino relictum fuisset, exceptis duobus casibus. Primus est apud Paulum *lib. 4. Sentent. hoc tit. §. filius*, cùm nimirum, filio ex minori parte instituto fratres coheredes adjecti erant; cessabat enim querela hoc casu, & filius ex minore parte institutus hoc tantùm intendere poterat, vt ei legitimâ portio à fratribus suppleretur. Alius casus est, cùm moriens testator adjecerat, vt arbitratu boni viri, si minus relictum fuisset quàm modus quartæ efflagitabat, suppleretur: sive inter vivos quarta donata esset, *l. si non mortis causa, ff. hoc tit.* sivè quovis alio modo relicta, *l. 4. Cod. Th. hoc tit.* Citra hos duos casus, integram quis habere debebat, vt de inofficioso agere non posset. Sed tandem Iustinianus *d. l. omnimodo*, veteris illius juris asperitatem temperans remedium induxit, per quod & filio subveniretur ne damnum sentiret in legitima, & defuncti famæ & existimationi parceretur: datâ nimirum actione ad supplementum legitimæ, & sublato hoc casu querelâ inofficiosi.

10 AD QVARTAM LEGITIMÆ PARTIS REPLEATVR] *Vulg. l. omnimodo, C. hoc. tit.* Ait autem *omnimodo*; quia & ante hanc constitutionem vno casu, ex jure antiquo hæc repletio vsurpabatur, vt Paulus docet *lib. 4. Sent. tit. de inoffic. querela*, filio, puta, instituto in minima portione. Quamvis enim is pro exheredato habeatur, *l. 2. ff. quod cum eo qui in aliena potestate est*; tamen si fratres coheredes habeat hoc tantùm desiderat, vt quarta sibi à fratribus coheredibus repleatur: si verò extraneos, testamentum rescindit in totum querelâ inofficiosi. Et valde notandum est ad exemplum hujus querelæ, quæ datur filio instituto in minima portione, fuisse institutam querelam inofficiosæ donationis, *l. precibus, C. de inoffic. donationib.* Ideòque, hoc quoque casu eâdem distinctione vti debemus; vel contulit pater donationes immensas in fratres ejus qui agere potest querelâ, vel in extraneos. Primo casu agit tantùm filius ad supplementum, vt constat ex omnibus constitutionibus ejusdem tit. *de inoffic. donation.* Secundo verò casu rescindit in totum donationem, *l. 4. C. de contrah. empt.* Et ita soleo contrarias Bulgari & Azonis, & Iohannis sententias conciliare.

Ceterum, hæc actio supplementi eodem tempore præscribenda videbatur, quo ipsa querela præscribitur, id est quinquennio; succedit enim in querelæ locum: & hæc fuit olim sententia Bartoli, quam probat D. Cujac. *in consult. vlt.* Sed alio

jure vtimur ex contraria sententia Baldi, quæ in foro prævaluit hac ratione; quia ex *d. l. omnimodo*, id est ex nova Iustiniani constitutione, datur condictio ex lege; quæ condictio cùm actio sit personalis, triginta annorum præscriptione tollitur: quam tamen rationem ineptam esse nemo non videt, sed nobis non licet rerum auctoritatem perpetuo ita judicatarum convellere.

* 10 VSQVE AD QVARTAM LEGITIMÆ PARTIS] Illius scilicet partis, quam quisque libertorum ab intestato est habiturus; quæ pars ideo legitima dicitur, quia lege naturæ debetur; natura enim liberis bona parentum addicit, *l. cùm ratio, ff. de bonis damnatorum*. Quarta etiam legitima appellatur, sed aliâ ratione; legitima dicitur, non quia naturâ defertur, sed quia ex sententia legis Falcidiæ à prudentibus introducta est, & taxata. Nec obstat quòd ipsa debitum naturale dicitur *l. scimus, §. illud præterea, Cod. hoc tit.* non enim ideo debitum naturale dicitur quòd naturâ deferatur; debet enim relinqui certo, & expresso judicio testatoris, ne testamentum quasi inofficiosum rescindatur, *l. parentibus, Cod. hoc tit.* sed quòd sit quarta pars debitæ partis à natura, id est portionis ab intestato contingentis, quæ propriè naturalis est. Et certè naturâ non deferri quartam hanc, vel hæc juris ratio convincit, quòd inde sequeretur inofficiosi querelam non esse necessariam; nam qui ad hereditatem totam, vel partem ejus veniunt alio jure, de inofficioso agere non possunt, *§. tam autem naturales, suprà, hoc tit.* exemplo adrogati, qui exheredatus ideo ab hac querela movetur; quia aliunde, id est ex D. Pii constitutione quartam habere potest, *l. Papinianus, §. si quis impubes, ff. hoc tit.*

§. IV. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

§. V. Sed & si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

§. VI. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioso testamento agere non possit: sive jure hereditario [11], sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causâ ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus [12], quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis [13] qui constitutionibus continentur.

* 11 SIVE IVRE HEREDITARIO] Hoc ita constitutum est in *Novella Iustiniani 18. de triente & semisse*, ex qua desumpta est *authentica novissima lege, Cod. hoc tit.* Postea autem idem Iustinianus iniquum arbitratus prætextu donationis, legati, aut fideicommissi, temerè filio exheredationis notam inuri; constituit in *Novell.* 115. non licere patri vel matri, avo vel aviæ, filios, aut nepotes, & deinceps inferioris gradus liberos præterire, vel exheredare in suo testamento: licèt iis debitam portionem reliquerint per donationem, legatum, aut fideicommissum; nisi adjectâ aliquâ ingratitudinis causâ ex iis, quæ enumerantur in *d. Nov.* 115. Habet enim exheredatio aliquam infamiæ notam, *l. Papinianus in principio, & l. filius, ff. hoc tit.* quam quantulâcumque donatione, legato, vel fideicommisso æstimari sanè odiosum est: debent enim exheredari cum elogio, ne alioquin querelâ inofficiosi testamentum rescindatur, vel ipso etiam jure non valeat: aut si aliquid legitimæ nomine

nomine relinquatur, debet titulo institutionis relinqui, non titulo legati, fideicommissi, aut donationis.

[12] IN HIS TANTUMMODO CASIBUS] Si nominatim dictum sit à testatore, hanc donationem inter vivos imputandam esse in quartam, vel si pecunia donata fuerit ad militiam comparandam; lucrum enim quod ex ea re percepit filius imputare tenetur, vt colligere licet ex *l. pen. C. de collation. d. l. omnimodo*, *§. vlt.* Hi enim sunt, opinor, duo casus, quibus donatio inter vivos imputatur.

[13] ALIIS MODIS] Rectè Accursius dotis, vel donationis propter nuptias, ex *l. quoniam Novella, C. hoc tit.*

§. VII. Quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est: vt sive vnus fuerit, sive plures [14], quibus agere de inofficioso testamento permittitur, vna quarta eis dari possit, vt ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

* [14] SIVE VNUS FUERIT, SIVE PLURES] Refert hîc Iustinianus veterem taxationem quartæ legitimæ, quæ querelam inofficiosi excludebat; quam taxationem, quoniam in ea nulla numeri liberorum legitima ratio habebatur, Iustinianus penitus abrogavit, aliámque trientis, & semissis, pro numero personarum subrogavit. Voluit siquidem, in *Novella de triente & semisse*, quatuor, vel paucioribus liberis existentibus, singulorum legitimam esse trientem, id est tertiam partem ejus portionis, quam quisque habiturus erat ab intestato: vel quod idem est, trientem totius substantiæ defuncti, ex æquo inter ipsos dividendum; non quadrantem, vt falsò vulgaris interpretatio habet, contra mentem ipsius Iustiniani, vt videre est apud Viglium, in §. *si quis*, in verbo, *aut suppleta quarta, Institut. quibus modis testam. infirm.* Quinque autem, aut pluribus existentibus, voluit esse semissem, id est dimidiam partem successionis ab intestato, sive totius substantiæ defuncti, ex æquo singulis distribuendam, *authent. novissima lege, Cod. hoc tit.* quod & glossa in *cap. Raynutius, extra de testamentis*, in verbo *quartam partem*, memoriæ causâ, his versibus satis aptè expressit:

Quatuor, aut infrà, dant natis jura trientem:
Semissem verò dant natis quinque, vel vltrà.

Sed mirum profectò est, ne dicam à ratione alienum, quod Iustinianus introduxit in *d. Nov.* 18. nimirum, cùm quatuor sunt quibus legitima debetur, singulorum legitimam esse trientem; cùm quinque, semissem. Hoc enim modo fit, vt quinque existentibus major sit legitima singulorum, quàm quatuor existentibus; illi enim singuli pro legitima vnam vnciam & quintam partem alterius vnciæ ferunt, isti vnam duntaxat: cùm tamen rationi congruat magis, vt quo plures sunt, eò minorem pro legitima portionem consequantur. Dices fortè pro Iustiniano, hoc ab eo ita constitutum fuisse, quòd inter trientem & semissem nullus alius medius numerus sit, quo commodiùs, & cum proportione legitima definiri & assignari potuerit: sed hoc absurdum, potuit enim portionem quamdam inter trientem, & semissem statuere paulò minorem quincunce, vt saltem ipsum quincuncem: quo casu non tanta fuisset iniquitas, cùm hoc modo sive quinque, sive quatuor fuissent, æqualis saltem legitima fuisset, nimirum vna vncia. Dicendum est ergo, exemplum hîc proponi ejus quod dici solet, non omnium quæ à majoribus constituta sunt, rationem reddi posse.

Eo

De heredum qualitate & differentia.

CAPVT XIX.

HEREDES autem, aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii[1], aut extranei.

*[1] AVT SVI ET NECESSARII] Suitas, vt Alciatus definit, est heredum qualitas, qui primum in hereditate paterna locum obtinent, continuationem dominii, necessitatémque successionis inducens. At vt quis dicatur suus hæc concurrere debent. Primum, quòd sit in potestate testatoris tempore mortis: alterum, quòd obtineat primum gradum; nam si præcedat eum pater, non erit suus heres, nisi pater desierit esse suus, aut morte interceptus, aut emancipatione, aut aliter liberatus patriâ potestate. Suus heres dicitur, non tam relatione factâ ad seipsum, quàm ad defunctum de cujus successione tractatur, respectu cujus suus heres dicitur. Et ita non quasi sui ipsius heres, vt vulgò malè creditum est; viventis enim nulla hereditas esse potest, sed mortui, *l. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* aliámque esse oportet personam heredis, aliam ejus cui succeditur, *l. 2. ff. de stipulat. servor.* Sed suus dicitur quasi naturalis, proprius, nativus, & domesticus heres, ad patriam hereditatem vocatus. Necessarius denique dicitur, quia jure civili etiam invitus cogitur esse heres; sed Prætor æquitate motus removit illam necessitatem, & introduxit in favorem liberorum abstinendi beneficium, *l. necessariis, ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

§. I. Necessarius heres[2], est servus heres institutus: ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber & necessarius heres fit. Vnde qui facultates suas suspectas[3] habent, solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam vlteriore gradu heredem instituere: vt si creditoribus satis non fiat, potiùs ejus heredis bona, quàm ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo[4], illud ei commodum præstatur, vt ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, tamen ex alia causa quas sibi res adquisivit, non veneunt.

[2] NECESSARIVS HERES EST] Hic omnino heres est statim, & protinus post mortem testatoris, nec abstinendi facultatem habet; ergo & absolutè necessarius.

[3] VNDE QVI FACVLTATES SVAS SVSPECTAS] Hoc lege Æliâ Sentiâ permissum fuisse constat ex §. 1. *suprà, qui & quibus ex causis manumitt.*

[4] PRO HOC TAMEN INCOMMODO] Hunc locum rectissimè D. Cujac. ex Theoph. & veterib. libris restituit in *posteriorib. notis.*

§. II. Sui autem & necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptísque ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui modò in potestate morientis fuerint. Sed vt nepos, neptísve sui heredes sint, non sufficit eum

eámve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est vt pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet aliâ ratione liberatus potestate. tunc enim nepos neptísve in locum patris sui succedit[5]. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Vnde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quàm ex testamento heredes fiunt. Sed his Prætor permittit[6] volentibus abstinere se ab hereditate: vt potiùs parentis quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.

[5] IN LOCVM PATRIS SVI SVCCEDIT] Ex lege Iulia Vellea, & eleganter Vlp. in *l. 6. §. 1. ff. de heredib. instit.* hos nepotes redigi ait ad filii conditionem, quod latiùs exposui ad *tit. de exheredat. liber.* Sed cave ne te decipiat quod Accurs. in *hoc* §. scripsit, hodie ex novis Iustiniani constitutionibus, sublatam esse omnem differentiam inter suos & emancipatos, neque locum esse edicto novo de conjungendis cum emancipato liberis, quod falsum esse Cujac. docuit ad *Novell.* 118. *de æqualitate & agnatici & cognatici juris.*

[6] SED HIS PRÆTOR PERMITTIT] Quod non permittit necessariis *l. necessariis, §. vlt. ff. de acquir. hered.*

§. III. Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes à nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa & qui heredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres à domino institutus, & post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

§. IV. In extraneis heredibus illud observatur[7], vt sit cum eis testamenti factio: sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. & id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti, vt constiterit institutio: mortis verò testatoris, vt effectum habeat. hoc amplius; & quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio: sive purè, sive sub conditione heres institutus sit. nam jus heredis eo vel maximè tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, vt diximus, tria tempora inspicimus. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licèt non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & postumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus testamen-

Ex Florent. l. 49. §. 1. de heredib. instit.

Ex Pompon. l. 16. qui test. fac. poss.

ti factionem habere dicuntur. Licèt enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt.

[8] ILLVD OBSERVATVR] Idem observari in necessariis, & in suis, in *poster. notis* D. Cujac. adnotavit; & ex veteribus interpretibus Aretinus, in hunc locum. Et quidem vt quis suus, vel necessarius dici possit, eadem fere tempora observantur; sed non potest non esse cum suis, vel necessariis testamenti factio, id est si sui sunt vel necessarii: ergo cum his esse videtur testamenti factio, & in suis, vel necessariis vix dubitari potest an non sit testamenti factio. Quod necessariò tamen quærendum est, cùm extra domum, & familiam heredem quærimus, cum extraneis enim potest esse, vel non esse testamenti factio. In servo tamen alieno, vulgo facessit negotium in hoc tractatu *l. si seruus ejus, ff. de acquir. vel omitt. hered.* quam D. Cujac. malè propitiâ jurisprudentiâ omnes interpretes tractasse notat, ad *l. 49. ff. de heredib. instit.* Mihi tamen valde placet, quod veteri interpreti Iacobo de Arena venisse in mentem Paulus Castrensis docet in *d. l. si servus.* fuisse in specie *d. legis* cum domino servi testamenti factionem, quod & Viglius notavit, nec tamen exposuit. Feram igitur suppetias Iacobo, propositâ ex veteri jure commodâ specie: vel de Latino Iuniano, cum quo fuit testamenti factio, & tamen ex lege Iunia Norbana capere hereditatem non potuit, vt docet Vlp. *lib. Reg. tit.* 20. *&* 22. vel, quæ propria videtur species ex inscriptione *d. legis*, de cœlibe qui ex legibus caducariis capere non potest, & cum eo tamen est testamenti factio; nam si intra centum dies legi paruerit, id est nuptias contraxerit, ex testamento capere potest, eodem Vlp. auctore *tit.* 17. Cum hoc ergo constat esse testamenti factionem: quo admisso, sequitur valere institutionem initio, & fieri posse capacem, si intra diem cretionis maritus reperiatur. Eâdémque ratione nihil vetat servum ejus manumissum heredem esse, vel novum dominum cui venditus est; si nihil tamen in fraudem legis Papiæ hac manumissione, vel venditione factum sit; id est nisi tacitè fide interpositâ manumissus servus, vel is cui vendidit promiserit, se restituturum hereditatem ei, qui per leges capere non potest: quæ est elegantissima interpretatio *d. legis.*

§. V. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis: sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit vigintiquinque annis. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hereditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen divum Hadrianum etiam majori vigintiquinque annis veniam dedisse, quum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit.

§. VI. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit: & constitutionem tam æquissimam, quàm nobilem [g] scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona here-

ditatis contingit: vt ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissâ observatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

[8] TAM ÆQUISSIMAM QUAM NOBILEM] Ex qua heres non tenetur vltra vires hereditatis, si intra tempus præstitutum inventarium fecerit; est enim beneficium quod heredibus Iustinianus dedit *l. vlt. C. de jure deliberandi:* & inde vulgò *heritier par benefice d'inventaire*, qui separatur ab eo quem vocamus *heritier simple*. Remanet enim vetus jus deliberandi, si quis hoc beneficio vti nolit.

§. VII. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nudâ voluntate [9] suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres vtatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandóve, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbis de adeunda hereditate: dummodo sciat eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatúmve obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere. veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nudâ voluntate [10] extraneus heres fit: ita & contrariâ destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum qui surdus, vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere sibi hereditatem, si tamen intellegit [11] quod agitur.

Ex Vlp. l. mutum 5. de acquir. hered. l. 1. §. mutus de hered. instit.

[9] AUT ETIAM NUDA VOLUNTATE] *L. si avia, C. de jure deliberandi.* Et observa quæso progressum hujus juris, explosâ perversâ interpretatione glossæ, quæ nudam voluntatem confundit cum gestione pro herede. Initio non potuit acquiri hereditas nisi actu solemni & legitimo, cretione puta, vel aditione hereditatis verbis solemnibus & legitimis; adhibito quoque symbolo, id est percussione digitorum, & apprehenso, dicis causa, corpore certo. Deinde acquiri cœpit hereditas citra solemnitatem solâ heredis gestione, herede se gerente pro herede; quod quidem facit, si quid faciat quasi heres, id est si quid hereditarium attingat: imò & sine vllo facto, etiamsi nihil attingat, nudâ voluntate, animo solo interdum pro herede gerere videtur, vt in duobus casibus à Paulo notatis in *l. gerit, ff. de acquirenda vel omitt. heredit.* Et tandem obtinuit nudâ voluntate explicatâ quibuscumque verbis, sine solemnibus vllis, & sine vllo facto, acquiri posse hereditatem: puta si heres quocumque loco interrogatus an sit heres, respondeat se heredem esse; nuda enim voluntas est, quæ neque stipulatione, neque vllâ aliâ solemnitate, neque facto vllo confirmatur, vt nudum pactum. Et ita quod in *l. 4. C. Th. de donationibus* dicitur, inter conjunctas personas valere donationem ex nuda voluntate, licèt neque mancipatio, neque traditio, neque stipulatio subsequuta sit; id ita Paulus extulit *lib. 4. Sent. tit. 1. §. filio*, inter conjunctas personas sufficere quibuscumque verbis voluntatem expressam. Et quod ait *l. 3. C. de donationibus*, spem futuræ actionis, plenâ intercedente donatoris voluntate posse transferri; accipere soleo de stipula-

tione, quæ necessaria hoc casu videtur; plenam enim voluntatem opponit nudæ: sed de his aliàs diligentiùs.

10 SICVT AVTEM NVDA VOLVNTATE] Duplex fuit, vt dixi, ratio acquirendæ hereditatis. Prima juris, in qua solemnia desiderantur. Secunda facti & naturalis, nudæve destinationis. Et duplex quoque ratio amittendæ. Prima quæ juris est, & in jure fieri dicitur; hæc propriè repudiatio. Altera verò quocumque loco fieri potest, facto, vel quibuscumque verbis demonstratâ voluntate; & hæc propriè recusatio est, quod D. Cujac. docuit in *prioribus notis ad hunc tit.* Sed promiscuè vtimur his verbis repudiandi, & recusandi, vt ostendit *tit. C. de repudianda & recusanda hereditate.*

11 SI TAMEN INTELLEGIT] Si non intelligit datur curator *l. 3. §. vlt. ff. de postulando*, & per hunc curatorem bonorum possessionem petere potest, *l. servo invito, §. pen. ff. ad Trebell.* idémque de furioso dicendum est, cujus curator bonorum possessionem decretalem petere potest, *l. vlt. §. sin autem ex alia, C. de curatore furiosi vel prodigi.*

De legatis.

CAPVT XX.

POST hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquitur de iis juris figuris, quibus per vniversitatem res nobis adquiruntur. Sed quum omnino de testamentis, déque heredibus qui testamento instituuntur, loquuti sumus: non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

§. I. Legatum itaque [1] est donatio quædam [2] à defuncto relicta. *Ex Modest. l. 36. de leg. 2.*

[1] LEGATVM ITAQVE] Aliam legati definitionem Vlp. dedit in *principio hujus tit. lib. Reg.* aliam Florentinus in *l. legatum 116. ff. de leg. 1.* habes & quartam ex Modestino in *l. legatum 36. ff. de leg. 2.* & de omnibus vide si placet Cujac. in *Paratit. ff. de legatis 1.*

[2] EST DONATIO QVÆDAM] Rectè *quædam*, id est certi generis donatio; quia neque est donatio inter vivos, neque donatio causâ mortis. non donatio inter vivos, quia illa non revocatur; legatum autem identidem revocari & adimi potest, *toto tit. de adimend. & transferend. leg.* non item donatio causâ mortis; quoniam illa ab intestato relinqui potest, *l. si filius 20. ff. de legat. præstand.* legatum autem non potest. Et legatum dicitur donatio quædam, quia lucrum semper continet sejunctum ab omni onere; quo nomine ab hereditate differt, cui vtrumque, lucrum simul & onus semper inest. Porrò addunt quidam in hac definitione verba hæc, *ab herede præstanda*, (quæ hîc tamen desunt, & apud Theophilum: imò & apud Modestinum ipsum hujus definitionis auctorem, in *l. legatum 36. ff. de leg. 2.*) maximè autem, cùm legatum relictum est per vindicationem. Existimo autem non errare eos qui ea verba addunt, cùm addita hoc solùm significent, legati relicti possessionem, nisi eam tradiderit defunctus, ab herede omnino præstandam esse;

cùm & heredi competat adipiscendæ possessionis interdictum, si legatarius ipse privatâ suâ auctoritate occupaverit legatum, nihil moratus heredem, *l. 1. ff. quod legat.*

§. II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba[3] cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est[4]. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit vt omnibus legatis vna sit natura. & quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solùm per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

*3 ET CERTA QUÆDAM VERBA] Id est formulæ certæ, sive solemnes verborum conceptiones, quæ referuntur ab Vlpiano in *Fragm. tit. de legatis.* Qui enim per vindicationem legare volebat, iis nominatim, & non aliis vti debebat, *Do, lego, capito, habeto.* Qui per damnationem, his verbis, *Heres meus damnas esto dare, dato, facito.* Qui sinendi modo, *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere.* Denique qui per præceptionem sic, *L. Titius illam rem præcipito.* Quæ solemnes legandi formulæ, quoniam prudentum ingenio & artibus erant excogitatæ, ac propter testatorum voluntates, quas sæpenumero ex nimia subtilitate verborum impugnabant; tandem constitutionibus Principum sublatæ sunt. Et primò Constantini patris, *l. quoniam, Cod. de testamentis,* & *l. fin. Cod. qui admitt. ad bon. possess. poss.* Deinde filiorum ejus Constantis, & Constantii, *l. in legatis 21. Cod. hoc tit.* Post hanc tamen legem, quia per eam tantùm necessitas sublata fuerat solemnium, & occasio voluntatis impugnandæ; permissum adhuc fuisse videtur legare per vindicationem: sine periculo tamen aucupationis verborum. Videtur quoque remansisse adhuc diversa natura legatorum, per vindicationem scilicet, per damnationẽm, per sinendi modum, & per præceptionem, circa actiones ex jure civili competentes; donec tandem Iustinianus volens vnam omnium legatorum esse naturam, definivit in *l. 1. Cod. communia, de legat. & fideicommiss.* quibuscumque verbis legatum relictum esset, licere id triplici actione persequi, personali, reali, & hypothecaria.

4 PENITUS SUBLATA EST] A Constantino, Constantio, & Constante Imper. *l. in legatis, C. hoc tit.* quæ pars est *l. quoniam, C. de testamentis,* & *l. vlt. C. qui admitti ad bon. possession. poss.* Sustulit quoque Constantinus veteres ambages actionum, & formulas, *l. 1. C. de formulis & impetrat.* Et has forsitan leges intelligit Nazarius in panegyrico dicto Constantino, *Novæ*, inquit, *leges regendis moribus, & frangendis vitiis constitutæ, veterum calumniosæ ambages recisæ, captandæ simplicitatis laqueos perdiderunt.* Quâ tamen constitutione non ita sublatas fuisse actionum antiquas formulas puto quin his vti liceret, sine periculo tamen aucupationis syllabarum. & ita quoque post hanc constitutionem, quâ sublata dicitur solemnitas verborum in legatis, permissum videtur fuisse legare per vindicationem, vel cete-

ris modis: sublata enim tantùm fuit necessitas solemnium, & occasio volun oppugnandæ ex subtilitate nimia formularum; & mansisse tamen videtur di natura legatorum, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, & præceptionem; circa actiones ex jure civili competentes. Et si non constaret genere legati relictum esset legatum, quia nullæ erant formulæ certæ; existim legato relicto quibuscumque verbis, ante Iustinianum datam tantùm fuisse actio personalem ex testamento. Deinde Iustinianum voluisse in *l. 1. C. communia de l. tis & fideicom.* omnium legatorum vnam esse naturam, & quibuscumque ve aliquid relictum sit, id persequi licere vindicationibus, & aliis personalibus ac nibus; & insuper hypothecariâ actione, quam in rebus hereditariis legatario p mus dedit Iustinianus.

§. III. Sed non vsque ad eam constitutionem [5] standum esse existir vimus. Quum enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè c cludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descen bant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium duximus omnia legata fideicommissis exæquare, vt nulla sit inter ea d ferentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtè de his exponendo, studiosis adulescentibus quamdam introduceremus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim priùs de legatis, & postea de fideicommissis tractare: vt naturâ vtriusque juris cognitâ, facilè possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

[5] SED NON VSQVE AD EAM CONSTITVTIONEM] Exæquavit ergo tandem Iustin. legata fideicommissis, *l. 1. C. communia de legatis & fideicom.* vt quod jure legati valere non potest secundùm rigorem juris civilis, trahatur ad fideicommissum; id est jure fideicommissi valere censeatur, & perinde sit, ac si relictum sit per fideicommissum, cujus, vt ait, pinguis natura fuit; vt observare licet, ex *tit.* Vlpiani, & Caii *de fideicommissis.* Et contrà quod amplius fuit in legatis propter excellentiam juris civilis, & legis XII. tab. ex qua legata descendunt; applicandum esse voluit fideicommissis, quæ antea solâ Prætoris tuitione nitebantur, juris civilis auxilio destituta. quod latiùs Cujacius exposuit in *Paratit. d. tit. communia de legatis & fideicom. Cod.*

*[5] SED NON VSQVE] Sublatis solemnibus legandi formulis, & veteri differentiâ legatorum; supererant adhuc multæ differentiæ inter legata & fideicommissa, quas omnes tollit hîc Iustinianus, & in *l. 2. Cod. communia de legatis & fideic.* Exæquando scilicet per omnia, & in omnibus legata fideicommissis, id est communia faciendo jura legatorum, & fideicommissorum, ita vt jura fideicommissorum, quæ erant humaniora, communicentur legatis; puta, vt non testamento tantùm, vt antea, sed etiam ab intestato, solo nutu, epistolâ, vel libello, legata relinquantur, vt & fideicommissa: nec in eis rigor juris civilis, sed sola voluntas defuncti dominetur; id est id quod jure legati valere non potest, propter rigorem juris civilis, trahatur ad fideicommissum, vt perinde sit, ac si relictum fuisset per fideicommissum. Contrà quoque, quod amplius fuit in legatis, propter excellentiam juris civilis, & leg. XII. tab. ex qua legata descendunt; vt communicetur fideicommissis, quæ antea

tea solâ Prætoris tuitione nitebantur, juris civilis auxilio destituta; nimirum, vt iisdem actionibus petantur, quibus legata; & dominium transferant in accipientem sicut legata.

§. IV. Non solùm autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest: ita vt heres cogatur redimere eam & præstare: vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit, cujus non est commercium [6], nec æstimatio ejus debetur. sicuti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico vsui destinata sunt, legaverit. nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari [7], ita intellegendum est: si defunctus sciebat alienam rem esse, non & si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius esse ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

Ex l. 39. §. vlt. de leg. 1. l. 104. §. 2. eod. l. 67. §. 6. de leg. 2.

Ex Mart. l. verius 21. de probat.

[6] CVIVS NON EST COMMERCIVM] Idem est si legatarius commercium rei non habeat, quamvis res non sit omnino extra commercium, *l. mortuo* 49. §. *Labeo*, *ff. de leg.* 2. in qua proponitur vnicum exemplum prædii provincialis, cujus commercium non habuit is qui in provincia officii causâ versatur, vel militat, *l. qui officii*, *ff. de contrah. empt.* *l. milites*, *ff. de re militari*, *l. Princeps*, *C. Theod. de his quæ administrantib. vel officium pub. gerentib. tradita sunt.* Huic autem sententiæ non obloquitur *l. filiusfamilias* 114. §. *si quid*, *ff. de leg.* 1. vbi soleo proponere speciem de militia relicta eunucho, quam propter corporis vitium obtinere non potuit, *l.* 4. *ff. de re militari*, quamvis hujus militiæ commercium habeat. Nec aliâ ratione in *d.* §. legatum dicitur licitè relictum: si enim commercium non haberet, legatum esset omnino illicitum, & nullum. Idémque respondendum est ad *l. fideicommissa*, §. *si servo*, *ff. de leg.* 3. militiam enim servus obtinere non potest; nec vir clarissimus, id est Senator, tesseram frumentariam, quæ plerumque libertis, & infimæ plebeculæ popularibus relinquebatur, *l. patronus*, *ff. de leg.* 3. Nec alia est sententia, vt opinor, vexatæ *l. sed si res aliena*, *ff. de leg.* 1. in qua legatarius à quo fideicommissum relictum est, rei commercium non habuit; fideicommissarius verò cui relictum est, non habuit jus possidendi. Hæc enim censeo esse diversa, commercium non habere, & jus possidendi non habere; qui enim commercium non habet, jus possidendi aliquando habere potest: at qui commercium habet, jus tamen possidendi aliquando non habere potest. Si ergo ab eo qui commercium non habet, ei qui commercium habet legatum, vel fideicommissum relictum sit, valere legatum constat, *d. l. mortuo.*

Sed meritò dubitatur in *d. l. sed si res aliena*, & hodie anxiè quæritur quid sit dicendum, si ab eo qui commercium non habet, aliquid relictum sit ei qui commercium habet, sed tamen jus possidendi non habet; vt in hac specie singulari, quam post variam mentis meæ agitationem ex veteri jure repetendam esse animadverto. finge: à Sempronio, qui officii causâ in provincia, puta Aquitanica prima, versatur, per fideicommissum alienum prædium provinciale, in territorio civitatis Ru-

jure vtimur ex contraria sententia Baldi, quæ in foro prævaluit hac ratione; quia ex *d. l. omnimodo*, id est ex nova Iustiniani constitutione, datur condictio ex lege; quæ condictio cùm actio sit personalis, triginta annorum præscriptione tollitur: quam tamen rationem ineptam esse nemo non videt, sed nobis non licet rerum auctoritatem perpetuo ita judicatarum convellere.

* 10 VSQVE AD QVARTAM LEGITIMÆ PARTIS] Illius scilicet partis, quam quisque liberorum ab intestato est habiturus: quæ pars ideo legitima dicitur, quia lege naturæ debetur; natura enim liberis bona parentum addicit, *l. cùm ratio, ff. de bonis damnatorum.* Quarta etiam legitima appellatur, sed aliâ ratione; legitima dicitur, non quia naturâ defertur, sed quia ex sententia legis Falcidiæ à prudentibus introducta est, & taxata. Nec obstat quòd ipsa debitum naturale dicitur *l. scimus, §. illud præterea, Cod. hoc tit.* non enim ideo debitum naturale dicitur quòd naturâ deferatur; debet enim relinqui certo, & expresso judicio testatoris, ne testamentum quasi inofficiosum rescindatur, *l. parentibus, Cod. hoc tit.* sed quòd sit quarta pars debitæ partis à natura, id est portionis ab intestato contingentis, quæ propriè naturalis est. Et certè naturâ non deferri quartam hanc, vel hæc juris ratio convincit, quòd inde sequeretur inofficiosi querelam non esse necessariam; nam qui ad hereditatem totam, vel partem ejus veniunt alio jure, de inofficioso agere non possunt, *§. tam autem naturales, suprà, hoc tit.* exemplo adrogati, qui exheredatus ideo ab hac querela movetur; quia aliunde, id est ex D. Pii constitutione quartam habere potest, *l. Papinianus, §. si quis impubes, ff. hoc tit.*

§. IV. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

§. V. Sed & si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

§. VI. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioso testamento agere non possit: sive jure hereditario [11], sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causâ ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus [12], quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis [13] qui constitutionibus continentur.

* 11 SIVE IVRE HEREDITARIO] Hoc ita constitutum est in *Novella Iustiniani* 18. *de triente & semisse*, ex qua desumpta est *authentica novissima lege, Cod. hoc tit.* Postea autem idem Iustinianus iniquum arbitratus prætextu donationis, legati, aut fideicommissi, temerè filio exheredationis notam inuri; constituit in *Novell.* 115. non licere patri vel matri, avo vel aviæ, filios, aut nepotes, & deinceps inferioris gradus liberos præterire, vel exheredare in suo testamento: licèt iis debitam portionem reliquerint per donationem, legatum, aut fideicommissum; nisi adjectâ aliquâ ingratitudinis causâ ex iis, quæ enumerantur in *d. Nov.* 115. Habet enim exheredatio aliquam infamiæ notam, *l. Papinianus in principio, & l. filius, ff. hoc tit.* quam quantulâcumque donatione, legato, vel fideicommisso æstimari sanè odiosum est: debent enim exheredari cum elogio, ne alioquin querelâ inofficiosi testamentum rescindatur, vel ipso etiam jure non valeat: aut si aliquid legitimæ nomine

nomine relinquatur, debet titulo institutionis relinqui, non titulo legati, fideicommissi, aut donationis.

[12] IN HIS TANTUMMODO CASIBUS] Si nominatim dictum sit à testatore, hanc donationem inter vivos imputandam esse in quartam, vel si pecunia donata fuerit ad militiam comparandam; lucrum enim quod ex ea re percepit filius imputare tenetur, vt colligere licet ex *l. pen. C. de collation. d. l. omnimodo*, §. *vlt.* Hi enim sunt, opinor, duo casus, quibus donatio inter vivos imputatur.

[13] ALIIS MODIS] Rectè Accursius dotis, vel donationis propter nuptias, ex *l. quoniam Novella, C. hoc tit.*

§. VII. Quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est: vt sive vnus fuerit, sive plures [14], quibus agere de inofficioso testamento permittitur, vna quarta eis dari possit, vt ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

* [14] SIVE VNUS FUERIT, SIVE PLURES] Refert hîc Iustinianus veterem taxationem quartæ legitimæ, quæ querelam inofficiosi excludebat; quam taxationem, quoniam in ea nulla numeri liberorum legitima ratio habebatur, Iustinianus penitus abrogavit, aliámque trientis, & semissis, pro numero personarum subrogavit. Voluit siquidem, in *Novella de triente & semisse*, quatuor, vel paucioribus liberis existentibus, singulorum legitimam esse trientem, id est tertiam partem ejus portionis, quam quisque habiturus erat ab intestato: vel quod idem est, trientem totius substantiæ defuncti, ex æquo inter ipsos dividendum; non quadrantem, vt falsò vulgaris interpretatio habet, contra mentem ipsius Iustiniani, vt videre est apud Viglium, in §. *si quis*, in verbo, *aut suppleta quarta, Institut. quibus modis testam. infirm.* Quinque autem, aut pluribus existentibus, voluit esse semissem, id est dimidiam partem successionis ab intestato, sive totius substantiæ defuncti, ex æquo singulis distribuendam, *authent. novissima lege, Cod. hoc tit.* quod & glossa in *cap. Raynutius, extra de testamentis*, in verbo *quartam partem*, memoriæ causâ, his versibus satis aptè expressit:

Quatuor, aut infrà, dant natis jura trientem:
Semissem verò dant natis quinque, vel vltrà.

Sed mirum profectò est, ne dicam à ratione alienum, quod Iustinianus introduxit in *d. Nov.* 18. nimirum, cùm quatuor sint quibus legitima debetur, singulorum legitimam esse trientem; cùm quinque, semissem. Hoc enim modo fit, vt quinque existentibus major sit legitima singulorum, quàm quatuor existentibus; illi enim singuli pro legitima vnam vnciam & quintam partem alterius vnciæ ferunt, isti vnam dumtaxat: cùm tamen rationi congruat magis, vt quo plures sunt, eò minorem pro legitima portionem consequantur. Dices fortè pro Iustiniano, hoc ab eo ita constitutum fuisse, quòd inter trientem & semissem nullus alius medius numerus sit, quo commodiùs, & cum proportione legitima definiri & assignari potuerit: sed hoc absurdum, potuit enim portionem quamdam inter trientem, & semissem statuere paulò minorem quincunce, vt saltem ipsum quincuncem: quo casu non tanta fuisset iniquitas, cùm hoc modo sive quinque, sive quatuor fuissent, æqualis saltem legitima fuisset, nimirum vna vncia. Dicendum est ergo, exemplum hîc proponi ejus quod dici solet, non omnium quæ à majoribus constituta sunt, rationem reddi posse.

De heredum qualitate & differentia.

CAPVT XIX.

HEREDES autem, aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii[1], aut extranei.

*[1] AVT SVI ET NECESSARII] Suitas, vt Alciatus definit, est heredum qualitas, qui primum in hereditate paterna locum obtinent, continuationem dominii, necessitatémque successionis inducens. At vt quis dicatur suus hæc concurrere debent. Primum, quòd sit in potestate testatoris tempore mortis: alterum, quòd obtineat primum gradum; nam si præcedat eum pater, non erit suus heres, nisi pater desierit esse suus, aut morte interceptus, aut emancipatione, aut aliter liberatus patriâ potestate. Suus heres dicitur, non tam relatione factâ ad seipsum, quàm ad defunctum de cujus successione tractatur, respectu cujus suus heres dicitur. Et ita non quasi sui ipsius heres, vt vulgò malè creditum est; viventis enim nulla hereditas esse potest, sed mortui, *l. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* aliámque esse oportet personam heredis, aliam ejus cui succeditur, *l. 2. ff. de stipulat. servor.* Sed suus dicitur quasi naturalis, proprius, nativus, & domesticus heres, ad patriam hereditatem vocatus. Necessarius denique dicitur, quia jure civili etiam invitus cogitur esse heres; sed Prætor æquitate motus removit illam necessitatem, & introduxit in favorem liberorum abstinendi beneficium, *l. necessariis, ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

§. I. Necessarius heres[2], est servus heres institutus: ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber & necessarius heres fit. Vnde qui facultates suas suspectas[3] habent, solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam vlteriore gradu heredem instituere: vt si creditoribus satis non fiat, potiùs ejus heredis bona, quàm ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo[4], illud ei commodum præstatur, vt ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, tamen ex alia causa quas sibi res adquisivit, non veneunt.

[2] NECESSARIVS HERES EST] Hic omnino heres est statim, & protinus post mortem testatoris, nec abstinendi facultatem habet; ergo & absolutè necessarius.

[3] VNDE QVI FACVLTATES SVAS SVSPECTAS] Hoc lege Æliâ Sentiâ permissum fuisse constat ex §. 1. *suprà, qui & quibus ex causis manumitt.*

[4] PRO HOC TAMEN INCOMMODO] Hunc locum rectissimè D. Cujac. ex Theoph. & veterib. libris restituit in *posteriorib. notis.*

§. II. Sui autem & necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptísque ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui modò in potestate morientis fuerint. Sed vt nepos, neptísve sui heredes sint, non sufficit eum

eámve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est vt pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet aliâ ratione liberatus potestate. tunc enim nepos neptísve in locum patris sui succedit[5]. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Vnde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quàm ex testamento heredes fiunt. Sed his Prætor permittit[6] volentibus abstinere se ab hereditate: vt potiùs parentis quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.

[5] IN LOCUM PATRIS SUI SUCCEDIT] Ex lege Iulia Vellea, & eleganter Vlp. in *l. 6. §. 1. ff. de heredib. instit.* hos nepotes redigi ait ad filii conditionem, quod latiùs exposui ad *tit. de exheredat. liber.* Sed cave ne te decipiat quod Accurs. in *hoc* §. scripsit, hodie ex novis Iustiniani constitutionibus, sublatam esse omnem differentiam inter suos & emancipatos, neque locum esse edicto novo de conjungendis cum emancipato liberis, quod falsum esse Cujac. docuit ad *Novell.* 118. *de æqualitate & agnatici & cognatici juris.*

[6] SED HIS PRÆTOR PERMITTIT] Quod non permittit necessariis *l. necessariis, §. vlt. ff. de acquir. hered.*

§. III. Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes à nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa & qui heredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres à domino institutus, & post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

§. IV. In extraneis heredibus illud observatur[7], vt sit cum eis testamenti factio: sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. & id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti, vt constiterit institutio: mortis verò testatoris, vt effectum habeat. hoc amplius, & quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio: sive purè, sive sub conditione heres institutus sit. nam jus heredis eo vel maximè tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, vt diximus, tria tempora inspicimus. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licèt non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & postumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus testamen-

Ex Florent. l. 49. §. 1. de heredib. instit.

Ex Pompon. l. 16. qui test. fac. poss.

ti factionem habere dicuntur. Licèt enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt.

[8] ILLVD OBSERVATVR] Idem observari in necessariis, & in suis, in *posternotis* D. Cujac. adnotavit; & ex veteribus interpretibus Aretinus, in hunc locum. Et quidem vt quis suus, vel necessarius dici possit, eadem fere tempora observantur; sed non potest non esse cum suis, vel necessariis testamenti factio, id est si sui sunt vel necessarii: ergo cum his esse videtur testamenti factio, & in suis, vel necessariis vix dubitari potest an non sit testamenti factio. Quod necessariò tamen quærendum est, cùm extra domum, & familiam heredem quærimus, cum extraneis enim potest esse, vel non esse testamenti factio. In servo tamen alieno, vulgo facessit negotium in hoc tractatu *l. si servus ejus, ff. de acquir. vel omitt. hered.* quam D. Cujac. malè propitiâ jurisprudentiâ omnes interpretes tractasse notat, ad *l. 49. ff. de heredib. instit.* Mihi tamen valde placet, quod veteri interpreti Iacobo de Arena venisse in mentem Paulus Castrensis docet in *d. l. si servus.* fuisse in specie *d. legis* cum domino servi testamenti factionem, quod & Viglius notavit, nec tamen exposuit. Feram igitur suppetias Iacobo, propositâ ex veteri jure commodâ specie: vel de Latino Iuniano, cum quo fuit testamenti factio, & tamen ex lege Iunia Norbana capere hereditatem non potuit, vt docet Vlp. *lib. Reg. tit.* 20. *&* 22. vel, quæ propria videtur species ex inscriptione *d. legis*, de cœlibe qui ex legibus caducariis capere non potest, & cum eo tamen est testamenti factio; nam si intra centum dies legi paruerit, id est nuptias contraxerit, ex testamento capere potest, eodem Vlp. auctore *tit.* 17. Cum hoc ergo constat esse testamenti factionem: quo admisso, sequitur valere institutionem initio, & fieri posse capacem, si intra diem cretionis maritus reperiatur. Eàdémque ratione nihil vetat servum ejus manumissum heredem esse, vel novum dominum cui venditus est; si nihil tamen in fraudem legis Papiæ hac manumissione, vel venditione factum sit; id est nisi tacitè fide interpositâ manumissus servus, vel is cui vendidit promiserit, se restituturum hereditatem ei, qui per leges capere non potest: quæ est elegantissima interpretatio *d. legis.*

§. V. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis: sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit vigintiquinque annis. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hereditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen divum Hadrianum etiam majori vigintiquinque annis veniam dedisse, quum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit.

§. VI. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit: & constitutionem tam æquissimam, quàm nobilem [8] scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona here-

ditatis contingit: vt ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

[8] TAM ÆQVISSIMAM QVAM NOBILEM] Ex qua heres non tenetur vltra vires hereditatis, si intra tempus præstitutum inventarium fecerit; est enim beneficium quod heredibus Iustinianus dedit *l. vlt. C. de jure deliberandi:* & inde vulgò *heritier par benefice d'inventaire*, qui separatur ab eo quem vocamus *heritier simple.* Remanet enim vetus jus deliberandi, si quis hoc beneficio vti nolit.

§. VII. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nudâ voluntate [9] suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres vtatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandóve, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbis de adeunda hereditate: dummodo sciat eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatúmve obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere. veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nudâ voluntate [10] extraneus heres fit: ita & contrariâ destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum qui surdus, vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere sibi hereditatem, si tamen intellegit [11] quod agitur.

Ex Vlp. l. mutum 5. de acquir. hered. l. 1. §. mutus de hered. instit.

[9] AVT ETIAM NVDA VOLVNTATE] *L. si avia, C. de jure deliberandi.* Et observa quæso progressum hujus juris, explosâ perversâ interpretatione glossæ, quæ nudam voluntatem confundit cum gestione pro herede. Initio non potuit acquiri hereditas nisi actu solemni & legitimo, cretione puta, vel aditione hereditatis verbis solemnibus & legitimis; adhibito quoque symbolo, id est percussione digitorum, & apprehenso, dicis causa, corpore certo. Deinde acquiri cœpit hereditas citra solemnitatem solâ heredis gestione, herede se gerente pro herede; quod quidem facit, si quid faciat quasi heres, id est si quid hereditarium attingat: imò & sine vllo facto, etiamsi nihil attingat, nudâ voluntate, animo solo interdum pro herede gerere videtur, vt in duobus casibus à Paulo notatis in *l. gerit, ff. de acquirenda vel omitt. heredit.* Et tandem obtinuit nudâ voluntate explicatâ quibuscumque verbis, sine solemnibus vllis, & sine vllo facto, acquiri posse hereditatem: puta si heres quocumque loco interrogatus an sit heres, respondeat se heredem esse; nuda enim voluntas est, quæ neque stipulatione, neque vllâ aliâ solemnitate, neque facto vllo confirmatur, vt nudum pactum. Et ita quod in *l. 4. C. Th. de donationibus* dicitur, inter conjunctas personas valere donationem ex nuda voluntate, licèt neque mancipatio, neque traditio, neque stipulatio subsequuta sit; id ita Paulus extulit *lib. 4. Sent. tit. 1. §. filio*, inter conjunctas personas sufficere quibuscumque verbis voluntatem expressam. Et quod ait *l. 3. C. de donationibus*, spem futuræ actionis, plenâ intercedente donatoris voluntate posse transferri; accipere soleo de stipula-

tione, quæ necessaria hoc casu videtur; plenam enim voluntatem opponit nudæ: sed de his aliàs diligentiùs.

[10] SICVT AVTEM NVDA VOLVNTATE] Duplex fuit, vt dixi, ratio acquirendæ hereditatis. Prima juris, in qua solemnia desiderantur. Secunda facti & naturalis, nudæve destinationis. Et duplex quoque ratio amittendæ. Prima quæ juris est, & in jure fieri dicitur; hæc propriè repudiatio. Altera verò quocumque loco fieri potest, facto, vel quibuscumque verbis demonstratâ voluntate; & hæc propriè recusatio est, quod D. Cujac. docuit in *prioribus notis ad hunc tit.* Sed promiscuè vtimur his verbis repudiandi, & recusandi, vt ostendit *tit. C. de repudianda & recusanda hereditate.*

[11] SI TAMEN INTELLEGIT] Si non intelligit datur curator *l. 3. §. vlt. ff. de postulando*, & per hunc curatorem bonorum possessionem petere potest, *l. servo invito, §. pen. ff. ad Trebell.* idémque de furioso dicendum est, cujus curator bonorum possessionem decretalem petere potest, *l. vlt. §. sin autem ex alia, C. de curatore furiosi vel prodigi.*

De legatis.

CAPVT XX.

POST hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquitur de iis juris figuris, quibus per vniversitatem res nobis adquiruntur. Sed quum omnino de testamentis, déque heredibus qui testamento instituuntur, loquuti sumus: non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

§. I. Legatum itaque [1] est donatio quædam [2] à defuncto relicta. *Ex Modest. l. 36. de leg. 2.*

[1] LEGATVM ITAQVE] Aliam legati definitionem Vlp. dedit in *principio hujus tit. lib. Reg.* aliam Florentinus in *l. legatum 116. ff. de leg. 1.* habes & quartam ex Modestino in *l. legatum 36. ff. de leg. 2.* & de omnibus vide si placet Cujac. in *Paratit. ff. de legatis 1.*

*.[2] EST DONATIO QVÆDAM] Rectè *quædam*, id est certi generis donatio; quia neque est donatio inter vivos, neque donatio causâ mortis. non donatio inter vivos, quia illa non revocatur; legatum autem identidem revocari & adimi potest, *toto tit. de adimend. & transferend. leg.* non item donatio causâ mortis; quoniam illa ab intestato relinqui potest, *l. si filius 20. ff. de legat. præstand.* legatum autem non potest. Et legatum dicitur donatio quædam, quia lucrum semper continet sejunctum ab omni onere; quo nomine ab hereditate differt, cui vtrumque, lucrum simul & onus semper inest. Porrò addunt quidam in hac definitione verba hæc, *ab herede præstanda*, (quæ hîc tamen desunt, & apud Theophilum; imò & apud Modestinum ipsum hujus definitionis auctorem, in *l. legatum 36. ff. de leg. 2.*) maximè autem, cùm legatum relictum est per vindicationem. Existimo autem non errare eos qui ea verba addunt, cùm addita hoc solùm significent, legati relicti possessionem, nisi eam tradiderit defunctus, ab herede omnino præstandam esse;

cùm & heredi competat adipiscendæ possessionis interdictum, si legatarius ipse privatâ suâ auctoritate occupaverit legatum, nihil moratus heredem, *l. 1. ff. quod legat.*

§. II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba[3] cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est[4]. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit vt omnibus legatis vna sit natura. & quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solùm per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

[3] ET CERTA QVÆDAM VERBA] Id est formulæ certæ, sive solemnes verborum conceptiones, quæ referuntur ab Vlpiano in *Fragm. tit. de legatis.* Qui enim per vindicationem legare volebat, iis nominatim, & non aliis vti debebat, *Do, lego, capito, habeto.* Qui per damnationem, his verbis, *Heres meus damnas esto dare, dato, facito.* Qui sinendi modo, *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere.* Denique qui per præceptionem sic, *L. Titius illam rem præcipito.* Quæ solemnes legandi formulæ, quoniam prudentum ingenio & artibus erant excogitatæ, ac propter testatorum voluntates, quas sæpenumero ex nimia subtilitate verborum impugnabant; tandem constitutionibus Principum sublatæ sunt. Et primò Constantini patris, *l. quoniam, Cod. de testamentis*, & *l. fin. Cod. qui admitt. ad bon. possess. poss.* Deinde filiorum ejus Constantis, & Constantii, *l. in legatis* 21. *Cod. hoc tit.* Post hanc tamen legem, quia per eam tantùm necessitas sublata fuerat solemnium, & occasio voluntatis impugnandæ; permissum adhuc fuisse videtur legare per vindicationem: sine periculo tamen aucupationis verborum. Videtur quoque remansisse adhuc diversa natura legatorum, per vindicationem scilicet, per damnationem, per sinendi modum, & per præceptionem, circa actiones ex jure civili competentes; donec tandem Iustinianus volens vnam omnium legatorum esse naturam, definivit in *l. 1. Cod. communia, de legat. & fideicommiss.* quibuscumque verbis legatum relictum esset, licere id triplici actione persequi, personali, reali, & hypothecaria.

[4] PENITVS SVBLATA EST] A Constantino, Constantio, & Constante Imper. *l. in legatis, C. hoc tit.* quæ pars est *l. quoniam, C. de testamentis*, & *l. vlt. C. qui admitti ad bon. possession. poss.* Sustulit quoque Constantinus veteres ambages actionum, & formulas, *l. 1. C. de formulis & impetrat.* Et has forsitan leges intelligit Nazarius in panegyrico dicto Constantino, *Novæ*, inquit, *leges regendis moribus, & frangendis vitiis constitutæ, veterum calumniosæ ambages recisæ, captandæ simplicitatis laqueos perdiderunt.* Quâ tamen constitutione non ita sublatas fuisse actionum antiquas formulas puto quin his vti liceret, sine periculo tamen aucupationis syllabarum. & ita quoque post hanc constitutionem, quâ sublata dicitur solemnitas verborum in legatis, permissum videtur fuisse legare per vindicationem, vel cete-

ris modis: sublata enim tantùm fuit necessitas solemnium, & occasio voluntatis oppugnandæ ex subtilitate nimia formularum; & mansisse tamen videtur diversa natura legatorum, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, & per præceptionem; circa actiones ex jure civili competentes. Et si non constaret quo genere legati relictum esset legatum, quia nullæ erant formulæ certæ; existimo ex legato relicto quibuscumque verbis, ante Iustinianum datam tantùm fuisse actionem personalem ex testamento. Deinde Iustinianum voluisse in *l.* 1. *C. communia de legatis & fideicom.* omnium legatorum vnam esse naturam, & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, id persequi licere vindicationibus, & aliis personalibus actionibus; & insuper hypothecariâ actione, quam in rebus hereditariis legatario primus dedit Iustinianus.

§. III. Sed non vsque ad eam constitutionem[5] standum esse existimavimus. Quum enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, vt nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtè de his exponendo, studiosis adulescentibus quamdam introduceremus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim priùs de legatis, & postea de fideicommissis tractare: vt naturâ vtriusque juris cognitâ, facilè possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

[5] SED NON VSQVE AD EAM CONSTITVTIONEM] Exæquavit ergo tandem Iustin. legata fideicommissis, *l.* 1. *C. communia de legatis & fideicom.* vt quod jure legati valere non potest secundùm rigorem juris civilis, trahatur ad fideicommissum; id est jure fideicommissi valere censeatur, & perinde sit, ac si relictum sit per fideicommissum, cujus, vt ait, pinguis natura fuit; vt observare licet, ex *tit.* Vlpiani, & Caii *de fideicommissis.* Et contrà quod amplius fuit in legatis propter excellentiam juris civilis, & legis XII. tab. ex qua legata descendunt; applicandum esse voluit fideicommissis, quæ antea solâ Prætoris tuitione nitebantur, juris civilis auxilio destituta. quod latiùs Cujacius exposuit in *Paratit. d. tit. communia de legatis & fideicom. Cod.*

* [5] SED NON VSQVE] Sublatis solemnibus legandi formulis, & veteri differentiâ legatorum; supererant adhuc multæ differentiæ inter legata & fideicommissa, quas omnes tollit hîc Iustinianus, & in *l.* 2. *Cod. communia de legatis & fideic.* Exæquando scilicet per omnia, & in omnibus legata fideicommissis, id est communia faciendo jura legatorum, & fideicommissorum, ita vt jura fideicommissorum, quæ erant humaniora, communicentur legatis; puta, vt non testamento tantùm, vt antea, sed etiam ab intestato, solo nutu, epistolâ, vel libello, legata relinquantur, vt & fideicommissa: nec in eis rigor juris civilis, sed sola voluntas defuncti dominetur; id est id quod jure legati valere non potest, propter rigorem juris civilis, trahatur ad fideicommissum; vt perinde sit, ac si relictum fuisset per fideicommissum. Contrà quoque, quod amplius fuit in legatis, propter excellentiam juris civilis, & leg. XII. tab. ex qua legata descendunt; vt communicetur fideicommissis, quæ antea

tea solâ Prætoris tuitione nitebantur, juris civilis auxilio destituta; nimirum, vt iisdem actionibus petantur, quibus legata; & dominium transferant in accipientem sicut legata.

§. IV. Non solùm autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest: ita vt heres cogatur redimere eam & præstare: vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit, cujus non est commercium [6], nec æstimatio ejus debetur. sicuti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico vsui destinata sunt, legaverit. nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari [7], ita intellegendum est: si defunctus sciebat alienam rem esse, non & si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius esse ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

Ex l. 39. §. vlt. de leg. 1. l. 104. §. 2. eod. l. 67. §. 6. de leg. 2.

Ex Mart. l. verius 21. de probat.

[6] CVIVS NON EST COMMERCIVM] Idem est si legatarius commercium rei non habeat, quamvis res non sit omnino extra commercium, *l. mortuo* 49. §. *Labeo*, *ff. de leg.* 2. in qua proponitur vnicum exemplum prædii provincialis, cujus commercium non habuit is qui in provincia officii causâ versatur, vel militat; *l. qui officii*, *ff. de contrah. empt. l. milites*, *ff. de re militari*, *l. Princeps*, *C. Theod. de his quæ administrantib. vel officium pub. gerentib. tradita sunt.* Huic autem sententiæ non obloquitur *l. filiusfamilias* 114. §. *si quid*, *ff. de leg.* 1. vbi soleo proponere speciem de militia relicta eunucho, quam propter corporis vitium obtinere non potuit, *l.* 4. *ff. de re militari*, quamvis hujus militiæ commercium habeat. Nec aliâ ratione in *d.* §. legatum dicitur licitè relictum: si enim commercium non haberet, legatum esset omnino illicitum, & nullum. Idémque respondendum est ad *l. fideicommissa*, §. *si servo*, *ff. de leg.* 3. militiam enim servus obtinere non potest; nec vir clarissimus, id est Senator, tesseram frumentariam, quæ plerumque libertis, & infimæ plebeculæ popularibus relinquebatur, *l. patronus*, *ff. de leg.* 3. Nec alia est sententia, vt opinor, vexatæ *l. sed si res aliena*, *ff. de leg.* 1. in qua legatarius à quo fideicommissum relictum est, rei commercium non habuit; fideicommissarius verò cui relictum est, non habuit jus possidendi. Hæc enim censeo esse diversa, commercium non habere, & jus possidendi non habere; qui enim commercium non habet, jus possidendi aliquando habere potest: atqui commercium habet, jus tamen possidendi aliquando non habere potest. Si ergo ab eo qui commercium non habet, ei qui commercium habet legatum, vel fideicommissum relictum sit, valere legatum constat, *d. l. mortuo.*

Sed meritò dubitatur in *d. l. sed si res aliena*, & hodie anxiè quæritur quid sit dicendum, si ab eo qui commercium non habet, aliquid relictum sit ei qui commercium habet, sed tamen jus possidendi non habet; vt in hac specie singulari, quam post variam mentis meæ agitationem ex veteri jure repetendam esse animadverto. Finge: à Sempronio, qui officii causâ in provincia, puta Aquitanica prima, versatur, per fideicommissum alienum prædium provinciale, in territorio civitatis Ru-

Ff

tenensis relictum est Titio, qui jussu Principis ex Rutenensi in Cadurcensem civitatem transmigraverat, vt in *l. idem Vlpianus, §. vlt. ff. de excusat. tut.* Fuit ergo Titius novus colonus, vel, vt loquebantur, metœcus civitatis Cadurcensis. Solebant enim Principes civibus destitutas civitates novâ colonorum adjectione supplere, vt docet auctor panegyrici Flaviensium ad Constantinum, loco à D. Cujacio citato in *l. 4. C. de jure fisci.* Certam autem formam etiam de jure antiquo his novis colonis datam fuisse constat ex *d. l. 4.* vt ante transmigrationem prædia quæ habebant distrahere tenerentur: quæ verò non distraxissent fisci viribus vindicabantur; quia in civitate, ex qua in aliam transferebantur, Principes eos possidere prædia noluerunt. Ex successione tamen testamento, vel legibus delatâ, vel ex legato; aut donatione prædia post transmigrationem acquirere potuerunt: sed quod novissimè acquisitum erat distrahere statim tenebantur; quia jus possidendi in ea civitate non habebant.

Non omnino ergo hæc transmigratio interdixit eis commercium rerum civitatis ex qua oriundi erant; quia capere potuerunt ex successione, legato, vel donatione, quæ omnia colligere licet ex *d. l. 4.* & bellissimè his hodie possumus comparare Ecclesias, cæteráque corpora quæ vulgò vocamus *gens de main morte, qui sont tenus de vuider leurs mains dans l'an & jour.* Sed ad rem. Titius cui per fideicommissum relictum prædium, de quo suprà, ab Officiali legatario, habet quidem commercium, & capax est legati, sed non habet jus possidendi, & retinendi: Officialis verò non habet commercium, quia nullo titulo ei acquiri potest, *l. omnis, C. Th. de his qua administrantib. vel officium publicum, &c.* Non potest ergo hoc prædium alienum redimere. Et meritò dubitatur an valeat fideicommissum, nam primâ fronte videbatur non valere; quia nec is à quo relinquitur habet prædii commercium, nec is cui relictum est habet jus possidendi. Et tamen quia hoc prædium acquiri potuit ex successione, vel legato Titio, quem constat hujus legati capacem fuisse; quod tamen possidere diu non potest, & tenetur statim distrahere: Respondet Vlp. teneri legatarium præstare prædii æstimationem; quia prædium redimere non potest, cujus non habet commercium. Quoties enim non potest præstari fideicommissum, æstimatio præstanda est, ex regula tradita in *l. fideicommissa, §. ex his apparet, ff. de leg. 3.* quæ cùm sit ex eodem auctore & libro, verba *d. legis sed si res aliena,* libenter huic versiculo addiderim; quasi hæc omnia vno tenore, eodémque contextu Vlpianus scripserit, *lib. 2. fideicommissorum.*

Ex superioribus autem emergunt quædam valde notanda: ei qui jus commercii non habet, & tamen jus possidendi habet, legari non posse: Et contrà ei qui commercium habet, quamvis non habeat jus possidendi legari posse. Exempli gratiâ: Officialis prædium provinciale, quod ante susceptam administrationem possidebat, retinere, & possidere potest; ergo habet jus possidendi. Hoc tamen prædium post susceptum officium vendere non potest, vt nec aliud quodlibet prædium emere, nisi forsitan paternum à fisco distrahatur; ergo non habet commercium. Et constat ex *d. l. omnis,* ei, neque legati, neque donationis titulo acquiri posse: quod jus Imper. Iustin. recentavit, *l. vnica, C. de contractib. judicum, &c.* vbi donationis verbo hereditatem, & legatum contineri D. Cujac. docuit, ex his quæ ex Theophane retulit Anastasius Bibliothecarius. Sed contrà metœcus acquirit ex his omnibus causis in civitate ex qua transmigravit, sed possidere non potest, & tenetur distrahere ne fisco addicatur; commercium ergo habet, non jus possidendi, & ideo ei rectè legari potest.

Ratio differentiæ est elegantissima. Officiali prohibetur commercium propter concussionis & impressionis metum, qui tam in legato, quàm donatione locum habet, vt in *d.l. omnis*: rectè ergo hic retinet,& possidet ea quæ privatus ante administrationem habuit, postea verò nihil acquirit. Metœcus verò,& quæ ante transmigrationem habuit, & quæ postea habiturus est possidere non potest; ne si fortè bona quædam in patria, cujus amor naturaliter omnium animis insitus est, retineat, de nova civitate dimittenda faciliùs cogitet, & nova consilia capiat. Hæc ergo fuit provisio, vel ratio legis, quæ non removet eum ab omni commercio rerum civitatis quam dimisit jussu Principis, si modò ex præscripto legis bona quæ postea obvenerunt distrahat; quia jus possidendi & retinendi non habet. Et hæc sunt, quæ de nobilissimi loci sententia post præstantissimos hujus temporis Iurisconsultos, quos hic locus valde exercuit, (vt docent libri à D. Cujacio editi nomine Antonii Mercatoris, & libri animadversionum, vel notarum Iohannis Roberti Antecessoris Aurelianensis) in medium proferre non dubitavi: quæ mutabo libenter, si commodiorem sensum quis afferat. Delendæ enim negationis, quam omnes libri constanter habent, & ipsa Basilica retinere vir præstantiss. ingenuè testatur, nullam rationem esse video.

* 6 CVIVS COMMERCIVM NON EST] Ejus rei commercium non est, quæ vsibus hominum subjici, & in obligationem deduci, alienari, & obligari non potest, *l. 6. l. 34. §. omnium, ff. de contrah. empt.* & consequenter si legata sit, inutile legatum est; quia à nemine acquiri potest. Sed quid si res in commercio quidem sit naturâ suâ, ejus autem commercium legatarius non habeat, an ejus debebitur saltem æstimatio? Et multæ sunt in hac juris quæstione leges quæ pugnare videntur. Ego autem distinguendum esse existimo, quam ob causam commercium non habeat legatarius. Vel enim ideo non habet, quia ei lege aliquâ speciatim interdictum est; & hoc casu nec res, nec æstimatio debetur; veluti si Officiali, id est Præsidi provinciæ, prædium provinciale legatum sit, *l. mortuo, §. Labeo, ff. de leg. 2.* Vel non est lege prohibitum, sed legatarii status, qualitas, conditio facit, ne commercium rei legatæ habeat; & hoc casu debetur æstimatio, *l. fideicommissa, §. si servo, ff. de leg. 3.* vbi legatâ militiâ servo, quam propter solam suam servilem conditionem habere non potest, *l. ab omni, ff. de re militari*, traditum est æstimationem deberi, licèt res præstari non debeat. Idem est si militia legata sit ei, qui propter vitium corporis militare non potest, *l. filiusfam. 114. §. si quid, ff. de leg. 1.* qualis est eunuchus, *l. 4. ff. de re militari.* Idem est si Senatori tessera frumentaria legata sit, quæ non viris clarissimis, & Senatoribus, sed infimæ plebeculæ hominibus dari solebat, *l. patronus 34. ff. de leg. 3.* Idem juris est, si à legatario res aliena per fideicommissum relicta sit, cujus commercium legatarius non habeat, fideicommissarius habeat, tametsi ipse jus possidendi non habeat, *l. sed si res aliena, ff. de leg. 1.*

7 ALIENAM REM POSSE LEGARI] Sublatâ veteri differentiâ legatorum, olim enim legari tantùm potuit per damnationem: & corruptè in *interpolatis institutionibus Caii* scriptum est, rem alienam sinendi modo posse legari; hoc enim modo legari tantùm potuit res testatoris, vel heredis, vt Vlp. docet *hoc tit.* & manifesta ratio formulæ convincit. Obtinuit autem initio rem alienam posse legari per damnationem indistinctè: sed primus Neratius Priscus induxit hoc temperamentum, si testator sciebat alienam esse, *l. vnum ex familia, §. si rem tuam, ff. de leg. 2.* quæ sententia D. Pii rescripto, vt *hic §.* docet, confirmata est. Et hæc est constitutio, quâ in *d. l.* heredibus subventum esse Papinianus ait. Imò, quamvis errans

testator alienam tamquam suam legaverit, ex conjectura enixæ voluntatis aliquando tuemur legatum, veluti si filio rem alienam tamquam suam legaverit, vt in *l. cùm pater*, *§. evictis*, *ff. de leg.* 2. vel si cognato, affini, conjunctæve personæ legaverit, *l. cùm alienam*, *C. hoc tit.* vel si vxori, *l.* 10. *in fine*, *ff. de auro & argento legato.* His enim casibus, propter affectionem summam præsumitur legaturus fuisse rem alienam, etiamsi rem alienam esse scivisset.

§. V. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena: vt ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse. & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, & hoc expressit: non debet heres eam luere.

§. VI. Si res aliena legata fuerit, & ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest. Si verò ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem & in eamdem rem [8] concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur: interest vtrum rem an æstimationem ex testamento consequutus est. nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem, agere potest.

Ex Vlp. l. 17. *de leg.* 1.

Ex Papin. partim l. 66. *§.* 1. *de leg.* 2. *partim Vlp. l.* 34. *§.* 1. *de leg.* 1.

* [8] ET IN EAMDEM REM] Rei verbo hoc loco corpus intellige, quod quantitati opponitur: duæ enim causæ lucrativæ in eamdem quantitatem concurrere possunt, *l. planè* 34. *§. sed si non corpus*, *ff. de leg.* 1. Ratio differentiæ est evidens, quia eadem res sæpius dari non potest, ne volente quidem testatore; res enim eadem mea sæpius fieri non potest, *l. si servus* 108. §. *Stichum de leg.* 1. At eadem quantitas sæpius præstari potest; quia etsi sit eadem quantitas, non est tamen eadem res; est idem genus, sed non eadem species. Dicit insuper, *in eamdem rem*, id est in vnam rem nominatim legatam: nam longè aliud est in legato disjunctivo duarum rerum, *l. hujusmodi* 84. §. *si Titio de leg.* 1.

§. VII. Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modò futura est, rectè legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex ancilla natum erit.

Ex Pompon. l. 14. *de leg.* 1. *& Mac. l.* 17. *de leg.* 3.

§. VIII. Si eadem res [9] duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim [10]: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat, Titio & Seio hominem Stichum do lego. disjunctim ita, Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. Sed & si expresserit eumdem hominem Stichum, æquè disjunctim legatum intellegitur.

⁹ SI EADEM RES] Pertinet hic locus ad tractatum de jure accrescendi, quod habent collegatarii jure conjunctionis, vt sociis non concurrentibus retineant solidum. De quo jure Iustin. tractavit in *l. vnica*, §. *vbi autem*, *C. de caduc. tollend.* vnde & hic §. à Triboniani manu totus conflatus est. Et vt intelligatur, sciendum est hanc conjunctionem triplici modo fieri *vulg. l. triplici, ff. de verb. sign.* cujus pars est *l. re conjuncti, ff. de leg.* 3. vel re tantùm; vel re & verbis; vel verbis tantùm, non etiam re: de qua hoc loco non agitur, nec in *d. l. vnica*; hæc enim conjunctio nullius est momenti, nisi quando pro duplici accipitur ex mente defuncti, id est nisi quando non solùm verbis, sed etiam re conjuncti intelliguntur collegatarii, vt diligenter Cujac. exposuit *lib.* 24. *Obs. cap.* 34. & 35. Conjuncti re & verbis per eminentiam dicuntur conjuncti; quoniam his oppositi conjuncti re tantùm, disjuncti potiùs, & separati videntur; & vt Iustin. eleganter ait in *d. l. vnica*, §. *vbi autem*, ab ipso testatoris sermone discreti. Hi enim quibus conjunctim legari Iustin. ait *hoc loco*, & in *d. lege vnica*, nominis & rei complexu junguntur. Separantur verò hi quibus disjunctim legatur; quia non simul eadem res legatur; sed discreto sermone, discretáque clausulâ, vt in exemplis propositis in *hoc* §.

Hæc ergo sermonis varietas variam peperit voluntatis interpretationem, ex qua natas constat fuisse varias legatorum formulas, in quibus tractatum fuit à prudentibus, an hoc jus accrescendi locum habere possit, quod ex voluntate testatoris inductum fuisse omnes fatentur. Quæsitum enim fuit, an ex testatoris voluntate collegatarius, altero forsitan deficiente, solidum habere debeat, vel partem tantùm: an verò duobus concurrentibus vterque solidum; vnus nempe solidum, id est rem ipsam, alter verò æstimationem; & an scindi debeat legatum in duas partes. Et in legatis per vindicationem, & per præceptionem, (horum enim eadem fere vis & formula, sive conjunctim, sive discretim legatum relictum sit) obtinuisse videtur singulis in solidum ab initio testatorem rem assignasse, & primo non concurrente secundum retinere solidum; & partem ergo deficientem accrescere secundo, vel non decrescere solidum quod retinet secundus. In legatis verò per damnationem & sinendi modo, sive conjunctim, sive disjunctim legatum datum sit, non fuit inductum jus accrescendi. Cùm enim ita conjunctim legabat testator, *heres damnas esto dare Titio, & Mævio*, manifestum erat partes fecisse ab initio testatorem, id est, voluisse heredem simul eamdem rem præstare duobus divisis partibus, quas ipse testator fecisse intelligebatur. Et ideo Vlp. ait, singulis ab herede deberi partes tantùm: ideóque vno non capiente, non potuit acquiri pars deficiens alteri; sed vel ex jure antiquo in hereditate remanebat, vel ex nova lege Papia caduca erat. Si verò disjunctim; singulis solidum præstare tenebatur heres, id est rem vni qui agere præoccupaverat actione personali, alteri æstimationem. Iustinianus autem in *d. l. vnica* has differentias sustulit: de posteriori non dubitatur; cùm enim in legato per damnationem disjunctim relicto, vni res, alteri æstimatio præstanda esset, Iustin. nominatim ait hodie hoc locum habere non posse, in *d. l. vnica*, §. *vbi autem*, & *in hoc* §. *nostro*, scindi legatum quibuscumque verbis, & quocumque genere datum sit. Sed addenda est exceptio ex *d. l. vnica*, *nisi constet de voluntate testatoris*, quam Tribonianus appinxit in *l. si pluribus*, *ff. de leg.* 1. & aliis plerisque locis notatis à D. Cujacio.

Sed anxiè quæritur, an prior differentia sublata sit; id est, an quemadmodum constat ex hac nova constitutione partem collegatario accrescere legato disjunctim relicto, sublatâ differentiâ veteri legatorum per vindicationem, & per damnatio-

nem; ita quoque sublata sit differentia quæ olim fuit inter legata per vindicationem, & damnationem, si conjunctim legatum relictum sit. Nam si per vindicationem, præstantiss. Cujac. non dubitat partem accrescere collegatario, *l. si duobus 16. §. vlt. l. legatum 116. §. 1. l. planè 34. §. si duobus, ff. de leg. 1. l. si servo, ff. de statulib.* Si autem per damnationem; non capientis, vel deficientis partem remanere in hereditate, juxta jus vetus, & non esse locum juri accrescendi, *l. 7. ff. de leg. 2. d. l. si duobus, in princ. l. hujusmodi* 84. *§. si Titio, d. l. planè, §. si disjunctim, ff. de leg.* 1. hanc enim, inquit, differentiam non reperio sublatam. Et hoc veluti effugio declinandas esse censet omnes difficultates, quæ hactenus præstantissimos Iurisconsultos malè habuerunt.

Sed contra Cujacium, Iustin. ipse manifestis verbis in *d. l. vnica, §. ubi autem*, versic. *nos autem*, ait se omnino repellere hanc dissonantiam legatorum: & si vel quâdam parte relinquendam esse voluit, quare tollendam sedulò curavit omnem mentionem horum legatorum in libris juris civilis. Sed difficultatem omnino tollere videtur quod idem Iustin. ait in *d. versic. nos autem*, non solùm in omnibus legatis, sed etiam fideicommissis, se vnam & eamdem naturam imponere. In fideicommissis olim non erat jus accrescendi, nam eodem ferme jure censebantur quo legata per damnationem, quod & D. Cujac. docuit: hodie locus erit in fideicommissis juri accrescendi, quia sunt exæquata legatis. Et si in hac parte nulla est differentia inter legatum & fideicommissum, multò minùs esse potest differentia inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem.

Verius itaque esse existimo, ita fuisse in hac quoque parte confusam & commixtam naturam horum legatorum, vt si conjunctim legatum datum sit quibuscumque verbis, vt loquitur §. 2. *hoc tit.* omnibus concurrentibus, scindatur omnino legatum. Quibusdam verò deficientibus, volentibus, & agnoscentibus accrescere legatum; quasi solidum ab initio relictum sit per vindicationem: invitis verò, & recusantibus non posse accrescere; quasi relictum sit per damnationem. Et ita ex mente Iustiniani conciliandæ videntur omnes leges, in quibus legatum accrescere, vel non accrescere dicitur. Nec temerè debemus socordiæ, vel imperitiæ insimulare Tribonianum, qui meritò nobis vestigia quædam reliquit veteris hujus differentiæ, vt hanc novam confusionem faciliùs intelligamus.

Verum ergo hodie est, in legato conjunctim dato, ab initio videri legatariis solidum datum, si deficientes partes agnoscant; & ab initio quoque videri habuisse partes, si deficientes partes agnoscere recusent, quod verissimum esse ostendo. Superior differentia ex varietate formulæ legatorum emanabat, ex ea enim diversitatem voluntatis prudentes colligebant; nam vel initio solidum, vel initio partes dedisse testator intelligebatur, provt legaverat per vindicationem, vel per damnationem. At hodie sublatâ omni vi & potestate harum formularum, quibuscumque verbis conjunxerit testator legatarios, ex mente Iustiniani hoc videtur relinquere arbitrio legatariorum, vt vel partem, vel totum habeant; & vno casu videatur legatum relictum per vindicationem, altero verò per damnationem, confusis veluti, & commixtis omnibus legatis, vt fit in actionibus dandis: verbi gratiâ, hodie indistinctè datur actio in rem, quasi legatum relictum sit per vindicationem; datur actio in personam, quasi relictum sit per damnationem, quod & D. Cujac. docuit in *principio hujus tit. poster. notis*. Eadémque confusio in legatis, & fideicommissis, vt quod in vno locum habere non potest, ex altero assumatur.

Ex hac autem confusione, ni fallor, repetenda est nova ratio hujus novi juris, quo contra novam regulam res accrescit volenti, non invito; quia hoc voluisse

præsumitur testator, si conjunctim quibuscumque verbis legaverit; & contrà aliud voluisse omnino præsumitur, si disjunctim legaverit, quo casu accrescit invito, vt latiùs explicat Iustin. in *d. l. vn.* §. *sin verò*. Certissima igitur comparatio juris antiqui, & novissimi à Iustiniano inducti hæc est. Iure antiquo duobus disjunctim per vindicationem dato legato, concurrentibus partes præstabantur; vno verò non concurrente, alteri pars deficiens accrescebat, quasi ab initio datum esset solidum. Per damnationem, vtrique solidum præstabatur; vni res, alteri pretium. Hodie diversa horum legatorum natura ita confunditur, vt solidum vterque nunquam habere possit; sed duobus concurrentibus legatum scindatur, ac si relictum esset conjunctim per vindicationem, vel per damnationem. Si verò non concurrat vnus, vt is qui agnovit omnino retineat solidum, quod & olim obtinuit in legato per vindicationem altero deficiente; & per damnationem etiam altero concurrente. Eadem fere confusio fit in legato conjunctim dato, nam per vindicationem jus accrescendi olim habuit collegatarius, quod non habuit per damnationem, vt suprà docui. Hodie habet jus accrescendi si vult agnoscere partem deficientem, & perinde est ac si legatum esset per vindicationem. Si verò agnoscere recusat, cessat jus accrescendi, ac si legatum esset per damnationem. quæ omnia sublatis variis legatorum formulis induxit Iustin. ex præsumpta voluntate testatoris, à qua jus accrescendi profectum esse nemo est qui nesciat.

* [10] SIVE CONIVNCTIM, SIVE DISIVNCTIM] Pertinet hic locus ad tractatum de jure accrescendi, sive de jure conjunctionis inter collegatarios, de quo Iustinianus tractavit in *l. vnica, Cod. de caduc. tollend.* & Paulus in *l. triplici* 142. *ff. de verb. sign.* & in *l. re conjuncti, de leg.* 3. Ait autem Paulus in *d. l. triplici*, tribus modis conjunctos intelligi. Alii enim sunt conjuncti re & verbis simul; alii re tantùm; alii verbis tantùm. Re conjuncti tantùm sunt, quibus disjunctâ & separatâ testatoris oratione res eadem legata est; veluti Titio fundum Tusculanum do lego, Mævio eumdem fundum Tusculanum do lego. Re & verbis simul, quibus conjunctâ oratione res eadem legata est; veluti, Titio & Mævio fundum Tusculanum do lego. Verbis tantùm, quibus conjunctâ oratione res diversæ, vel eiusdem rei partes ab initio legatæ sunt; veluti, Titio fundum Tusculanum do lego, & Mævio centum do lego; vel Titio & Mævio fundum Tusculanum ex æquis partibus do lego. Conjuncti primo, & secundo modo, ab initio solidum habent singuli, & concursu partes faciunt, & ob id jus accrescendi inter eos versatur: quia si duo sint, exempli gratiâ, conjuncti re tantùm, aut re & verbis simul; non concurrente vno, solidum manet apud alterum, & accrescere vtique, & lucro esse videtur vni, quod ei non præripit alter. At inter nudis verbis conjunctos non est ius accrescendi; quia ab initio partes habent singuli, quod in jure accrescendi nusquam admissum fuit, *l.* 1. §. *interdum*. & *l. pen. ff. de vsufruct. accresc. l.* 66. *ff. de hered. instit.* Ideóque pars non capientis in hereditate remanet ex jure antiquo, non hodie sublatis legibus caducariis. Ad hæc notandum, τὸ *disjunctim* hoc loco, & in *d. l. vnica*, §. *vbi autem, Cod. de cad. tollend.* ex qua totus hic §. transcriptus videtur à Triboniano, significare conjunctionem rerum, & disjunctionem verborum: τὸ autem *conjunctim*, conjunctionem rerum & verborum simul; vt conjuncti hoc loco dicantur tantùm ii, qui re & verbis conjuncti sunt: disjuncti, qui re tantùm non verbis. At isti quoque conjuncti dicuntur in *d. l. triplici*? Ita est, sed minùs propriè; conjuncti enim propriè dicuntur, qui conjunctâ testatoris oratione in eamdem rem, vel jus vocantur: disjuncti autem, qui ab ipso testatore sermone apertissimo discreti sunt,

quales sunt ii qui te tantùm conjuncti dicuntur, in *d. l. triplici*.

Et licèt inter heredes conjunctos, & disjunctos locus sit juri accrescendi, vt suprà diximus; illud tamen non æquè in quocumque genere legatorum prudentes olim admiserunt: nam in legatis per damnationem, sive conjunctim, sive disjunctim relictum sit legatum, non induxerunt jus accrescendi. quoniam si conjunctim, manifestum erat partes fecisse ab initio testatorem, & voluisse heredem simul eamdem rem præstare duobus, divisis partibus, *l. planè*, *§. si conjunctim, ff. de leg.* 1. Ideo vno non capiente partem suam, non potuit ea pars acquiri alteri; sed vel remanebat ex jure antiquo in ipsa hereditate, vel caduca fiebat ex lege Papia, id est ad fiscum pertinebat. Si autem disjunctim; solidum singulis heredem præstare volebant, ex tacita testatoris voluntate: id est rem ei qui actione ex testamento agere præoccupasset, alteri autem æstimationem, *l. si pluribus* 33 *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *§. fin ff. de leg.* 2. *l. duos, ff. de vsufr. legat.* & pluribus aliis. Idem quoque admittebant in legato sinendi modo, quod fere similibus verbis, quibus legatum per damnationem, relinquebatur: & sic in ejusmodi legatorum generibus, neutro hoc casu jus accrescendi admiserunt. In legatis autem per vindicationem, & per præceptionem, quorum pene idem jus fuit & eadem formula, admiserunt: quoniam sive conjunctim, sive disjunctim legatum esset relictum, his duabus legandi formulis videbatur testator singulis in solidum ab initio rem assignasse: & ideo volebant vno non concurrente, alterum retinere solidum ex tacita voluntate testatoris; & partem deficientem accrescere, vel potiùs non decrescere ei, qui solus legatum agnovisset. Et hæc fuit ante Iustinianum juris observatio. Sublatis autem variis legatorum formulis ab eodem Iustiniano, si eadem res duobus legata est, sive conjunctim, sive disjunctim, sive per damnationem, sive alio quovis modo, & quibuscumque verbis; ex mente Iustiniani legatum interscinditur, si vterque concurrat, & legatum vterque agnoscat: sin defecerit alter, id est repudiaverit legatum, aut decesserit, totum erit collegatarii: quod ipse Iustinianus induxit ex præsumpta voluntate testatoris, à qua jus accrescendi profectum esse nemo est qui nesciat.

§. IX. Si cui fundus alienus [11] legatus fuerit, & emerit proprietatem deducto vsufructu, & vsusfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat: rectè eum agere, & fundum petere Iulianus ait: quia vsusfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, vt deducto vsufructu jubeat æstimationem præstari. *Ex Iuliano l 82. §. fundus, de leg.* 1.

[11] SI CVI FVNDVS ALIENVS] Hujus §. sententia hæc est elegantissima, paulò altiùs repetenda. Proposita fuit in §. 6. *versic. nam traditum*, *suprà*, *hoc tit.* regula juris, quam his verbis concipit Iulianus in *l. omnes debitores*, *ff. de obligat. & action. Omnes debitores, qui speciem*, id est certum corpus, *debent, liberantur cùm ea specie ad creditores ex causa lucrativa pervenerit.* Hujus autem verbi, *pervenerit*, vim & potestatem idem Iulianus exposuit in eodem libro, in *l. non quocumque* 82. *ff. de leg.* 1. vt ita demum huic regulæ locus sit, si ita pervenerit vt avelli non possit, si perfectè facta fuerit creditoris, vt loquitur *l. omnes actiones* 139. *§.* 1. *ff de Reg. jur.* Liberatur ergo debitor solutione, & præstatione alterius debitoris: & si non solidum, sed pars tantùm ad creditorem pervenerit, potest petere partem dumtaxat, vt ex Marcello ad Iulianum notatur in *d. l.* 82. *§. Marcellus.* Et inde dubitandi ratio hujus §. repetenda est, continet enim Iuliani sententiam, quæ extat in §. *si fundus*, *d. l.*

d. l. 82. Fundus alienus legatus est Titio, qui à domino proprietatem fundi comparavit deducto vsufructu; venditor deinde capite minutus est, vel alio modo extinctus est vsusfructus, & consolidatus proprietati. Quæritur an Titius legatarius rectè fundum petat ab herede, id est an rectè agat fundum simpliciter petens; qui enim fundum petit, & vsumfructum petere videtur, *l. si Titio, l. si alii, ff. de vsufructu legato*; & quia vsumfructum ex causa lucrativa habet, id est ex consolidatione, plus petere videtur quàm ei debeatur ab herede: qui autem plus petit non rectè agit, id est malè agit; vt qui ante diem agit, id est plus tempore petit, *l. vn.* §. *vlt. ff. quando dies vsusfructus legati cedat.* Iulianus tamen rectè legatarium agere dicebat, neque plus petere ab herede si fundum petat, si hâc agendi formulâ vtatur, *Peto fundum quem mihi debes ex testamento.*

Malè omnino Theophilus hoc loco hanc fuisse Iuliani sententiam ait, legatarium actione personali ex testamento æstimationem proprietatis petere debere; Iulianus enim contrà asseverabat non æstimationem proprietatis, non proprietatem deducto vsufructu, sed fundum ipsum rectè petere legatarium, nec ex veteri jure incidere in periculum plus petitionis. Quam sententiam notabat Marcellus, & extat pars notæ Marcelli in *d. l.* 82. §. *Marcellus.* Et vtebatur hoc argumento. vsusfructus est pars rei, *l.* 4. *ff. de vsufructu, l. qui vsumfructum* 88. *ff. de verb. oblig.* vel vt loquitur *l. cùm filius* 76. §. *dominus, ff. de leg.* 2. instar portionis est, id est obtinet locum partis. At si pars ex causa lucrativa ad creditorem pervenerit, potest petere partem dumtaxat; ergo proprietatem deducto vsufructu, id est deductâ parte quam ex causa lucrativa habet, petere tantùm potest. Et si fundum petit, totum petit; & malè ergo agit, quia re plus petit, *l.* 4. *ff. de compensationibus.*

Sed hanc Marcelli objectionem facilè diluit subjecta Iuliani ratio; quia vsusfructus in petitione, id est in instituenda actione, servitutis, non partis locum habet, id est habetur pro servitute quæ fundo accedere videtur, non pro parte rei. Non enim generaliter omnibus casibus vsusfructus obtinet locum partis, vt nominatim Papin. ait in *l. si Titio*, §. 1. *ff. de vsufructu*, non in casu *d.* §. 1. neque in casu *l. Mevius* 66. §. *pen. ff. de leg.* 2. quæ eleganter ait vsumfructum in jure, non in parte consistere. Non obtinet etiam locum partis in petitione, sive actione in rem agatur, sive in personam, *l. rectè, ff. de verb. sign.* In petitione enim vsumfructum consideramus tamquam servitutem, tamquam jus, id est rem incorporalem, non tamquam corpus vel partem rei. Hanc quoque fuisse Iuliani sententiam Paulus ait in *d. l. rectè*, quam veriorem esse affirmat, rejectâ puta, Marcelli notâ, cujus ideo partem supprimit Tribonianus in *d.* §. *Marcellus.* Sed quamvis vsusfructus in petitione, servitutis locum obtineat, quamvis hoc casu & multis aliis, in jure, non in parte consistat; emolumentum tamen rei continet, vt eleganter ait *d. l. Mevius* §. *pen.* Et ideo officio judicis hoc continetur, vt in condemnatione jubeat æstimationem tantùm proprietatis præstari; quia vsumfructum habet legatarius ex causa lucrativa. Et ita suprà in §. 28. *versic. sed si ab alterutro, de rer. divisione.* Aliud est in petitione, aliud verò in condemnatione; puta, quantitas frumenti est in petitione, qualitas verò in condemnatione.

* 11 SI CVI FVNDVS] Hic §. hanc facti speciem habet. Titius sciens fundum alienum mihi legavit; antequam legatum peterem, ejus fundi proprietatem nudam, id est detracto vsufructu, acquisivi. Postea venditore mortuo, aut capite minuto, extinctus est vsusfructus, & proprietati quam emi consolidatus; & consequenter ex causa lucrativa ad me pervenit, quia pro eo nihil impendi. Quæritur

mortuo Titio testatore, an nudam proprietatem, id est sine vsufructu, vel plenam & cum vsufructu petere possim? Et ait Iustinianus plenam me proprietatem petere posse, id est fundum ipsum, quem qui petit, & vsumfructum quoque petere intelligitur, *l. si Titio, l. alii, ff. de vsu & vsufr. leg.* Dubitandi rationem faciebat, quòd vsumfructum petens plus petere videar quàm mihi debeatur; neque heres enim mihi vsumfructum debet, quem jam habeo ex causa lucrativa, nimirum ex consolidatione; alioquin datetur concursus duarum causarum lucrativarum in eamdem rem, & eumdem hominem. Iulianus tamen, cujus sententiam laudat & sequitur Iustinianus, rectè legatarium agere dicebat, neque plus petere ab herede fundum petendo, hac subjectâ ratione; quia vsusfructus in petitione, id est in instituenda actione, servitutis, non partis locum obtinet; id est habetur pro servitute quæ fundo accedere videtur, non pro parte fundi. Quia, inquam, in petitione fundi vsumfructum consideramus tamquam servitutem, tamquam jus, tamquam rem incorporalem; non tamquam corpus, aut partem rei corporalis. Rectè igitur in hoc casu ex testamento fundum petere possum, nam vsusfructus servitutem peto, quam ipse non habeo. Verùm quia vsusfructus licèt in jure consistat, tamen emolumentum rei continet, vt eleganter ait Papinianus, in *l. Mevius, §. fundo legato, ff. de leg. 2.* officio judicis continetur, vt in condemnatione jubeat æstimationem proprietatis tantùm præstari, non etiam æstimationem vsusfructus.

§. X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest, & licèt alienaverit eam [12], non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

Ex l. proprias C. hoc tit.
Ex Paulo l. 41. §. 1. de leg. 1.

[12] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Non probat ergo Iustin. contrariam sententiam Celsi, quæ extat in *l. 1. §. vlt. ff. de regul. Catoniana.* Verius enim est, quod ex plurium sententia Vlp. ait in *l. cetera, §. 2. ff. de leg. 1.* nec ideo dicendum est contrarium relictum esse in jure à Triboniano; quia satis apparet ex diversis sententiis hanc obtinuisse.

*[12] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Propter regulam Catonis, quæ voluit legatum quod ab initio non valuit, ex postfacto convalescere non posse, *l. cetera 41. § tractari, ff. de leg. 2.* Cui tamen regulæ adversatur Celsus in *§. fin. l. 1. ff. de regula Caton.* vbi, si fundus meus mihi legatus sit, & eum vivo testatore alienavero, legatum deberi putat. Respondet Iohannes Glossographus, & post eum Duarenus ad *d. leg.* & post eum nonnulli alii; voluisse Celsum cùm quis rem meam mihi legat, eam legare sub tacita conditione, cùm mea esse desierit: proindéque legatum vtile esse; quia regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet, *d. l. cetera, ff. de leg. 2.* & *l. placet, ff. de regula Caton.* haud secùs quàm vtilis est emptio rei meæ sub ea conditione, cùm mea esse desierit, *l. existimo, ff. de contrah. empt.* Atque ita conjiciebant voluisse Celsum eamdem esse rationem tacitæ, & expressæ conditionis; quod reliqui auctores negabant omnino, admittentes quidem legatum & emptionem rei suæ sub expressâ valere, sub tacitâ nequaquam. Quare verius est quod Cujacius ait *notis priorib. ad hunc locum*, Celsum dissentire à ceteris auctoribus juris hac in re, vt in aliis sæpe solet; & Iustinianum hanc plurium sententiam vt æquiorem sequutum fuisse, quò via fraudibus præcludatur. Si enim legatum rei suæ purè relictum convalesceret alienatione rei subsequutâ vivo testatore, in potestate foret legatarii validum reddere legatum, quod ipso jure nullum est.

§. XI. Si quis rem suam quasi alienam[13] legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

* [13] SI QUIS REM SUAM QUASI ALIENAM] Qui rem suam quasi alienam legat, eo animo intelligitur fuisse, ut si suam scivisset multo magis legasset: quare voluntati testatoris repugnaret, si diceremus talem errorem impedire effectum rei, quæ bene & secundùm testatoris voluntatem cecidisset. Ideóque in hac specie locum habet hæc regula, quæ plus valere vult quod in veritate est, quàm quod in opinione. Quæ tamen regula ita vera est, si error facti intervenerit, ut hîc, non si error juris; hoc enim posteriori casu prævalet opinio veritati, *l. is qui putat 15. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

§. XII. Si rem suam legaverit testator, posteàque eam alienaverit, Celsus existimat si non adimendi animo[14] vendidit, nihilominus deberi, idémque divi Severus & Antoninus rescripserunt. iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri[15]: & ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata, omnimodo debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

[14] NON ADIMENDI ANIMO] Colligitur autem hic animus ex his quæ vulgò notantur in *l. rem legatam, ff. de adimendis legatis*, cum similibus ab Accursio notatis, *vide l. cùm status, §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & uxor.*

* [14] SI NON ADIMENDI ANIMO] Non adimendi animum testator habuisse videtur, qui necessitate rei familiaris urgente alienavit, *l. fideicommissa, §. si rem suam, ff. de leg. 3.* Adimendi autem, qui ultro, & sponte, & sine necessitate alienavit. Et eæ sunt conjecturæ juris vulgò receptæ, quas tamen hoc loco ideo prætermisit Iustinianus; quia non tollunt libertatem contrariæ voluntatis probandæ. Et eapropter si fuerit spontanea alienatio, ad legatarium pertinebit probare eamdem nihilominus fuisse testatoris voluntatem. Sin autem necessaria & coacta, heredis erit probare mutatam fuisse voluntatem, *d. l. fideicommissa, §. si rem suam, ff. de leg. 3.* quòd si tantùm pignoraverit rem legatam testator, minùs videtur mutasse voluntatem, neque adimere voluisse, *l. 3. Cod. de legat.* Sin autem rem legatam alii donaverit, omnimodo legatum extinguitur, neque locus est hoc loco distinctioni allatæ suprà; quia distinctio illa in donantis munificentiam non cadit, cùm nemo in necessitatibus liberalis existat, *l. rem legatam, ff. de adim. legat.*

[15] ADEMISSE LEGATUM NON VIDERI] Paulus *lib. 3. Sent. hoc tit.* Ex eo mutasse voluntatem non videtur, si postea pignori vel fiduciæ rem legatam testator dederit: utimur ergo hoc casu superiore distinctione.

§. XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est[16]: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est. sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. potest autem quis vel ad tempus jubere ne heres petat. *Ex Pompon. l. 8. §. 1. de liberat. leg.*

[16] LEGATUM UTILE EST] Quamvis debitor rei quam debet dominus sit, *l. 1. ff. de liberatione legat.* res verò legatarii ei legari non potest, vt traditum est suprà §. *sed si rem legatarii, hoc tit.* Ideòque obstare videbatur hæc communis ratio. Et notandum est quod Vlp. ait in *l. 3. ff. eod. liberationem debitori posse legari jam certum est.* quæ verba ostendunt id non fuisse receptum sine controversia. sed meritò prævaluit hæc sententia, quia non tam res sua legatur debitori, quàm liberatio debiti, id est res incerta: ideòque debitor actione incerti ex testamento agit adversus heredem creditoris sui, vt debitum accepto ferre teneatur.

§. XIV. Ex contrario si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil amplius habet per legatum. Quòd si in diem vel sub conditione debitum ei purè legaverit, vtile est legatum propter repræsentationem[17]. Quòd si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit[18], vtile esse nihilominus legatum, quia semel constitit. quod & verum est. Non enim placuit sententia[19] existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit[20], à qua incipere non potest.

* [17] PROPTER REPRÆSENTATIONEM] Id est præsentem solutionem, repræsentari enim dicitur, quod in solutionem perinde admittitur atque si statim deberetur, quamvis in diem, & sub conditione debitum sit.

[18] PAPINIANUS SCRIPSIT] Extat hæc scriptura Papiniani in *l. verbis, ff. ad l. Falcid.* ad quam vide Cujac. *lib. 8. responsorum ejusdem Papin.*

[19] NON ENIM PLACUIT SENTENTIA] Hanc tamen sententiam sequitur Paulus in *l. debitor 82. ff. de leg. 2.* quam nominatim rejicit hoc loco Iustin. vt in §. *si rem, suprà*, improbat sententiam Celsi.

* [20] QUIA IN EAM CAUSAM PERVENIT] Hæc est ratio quâ nitebatur sententia Pauli, quæ admodum infirma est; numquam enim constitit inter Iurisconsultos irrita fieri aut non fieri ea, quæ ab initio vtilia fuerunt, si in eum casum recidant, à quo incipere & consistere non potuerunt. & hanc definitionem non fuisse à prudentibus in multis casibus admissam colligere licet ex *l. existimo 98. ff. de verb. oblig.* cum notatis Cujacio loco suprà citato: & ob id Papiniani sententiam vt veriorem comprobat hîc Iustinianus, repudiatâ Pauli opinione.

§. XV. Sed si vxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum[21] quàm de dote actio. Sed si quam non accepit[22] dotem legaverit, divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum. si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumentum dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

* [21] QUIA PLENIUS EST LEGATUM] Propter commodum scilicet repræsentationis, *l. 1. ff. de dote præleg.* Dos enim legata statim à morte mariti tota & integra peti potest, & reddi debet. Non legata autem per partes tantùm, id est annuâ, bimâ, trimâ die; sive quod idem est, tribus pensionibus annuis: si modò dos constituta sit in his rebus, quæ pondere, numero, & mensurâ constant, id est in rebus mobilibus; quæ quia plerumque dispersæ sunt, & non ita sunt ad manum vt immobiles eodem semper loco consistentes, liberior olim mora marito, & heredi

ejus concessa fuerat, ad eas conquirendas & colligendas, tenebantúrque tantùm eam solvere annuâ, bimâ, trimâ die. Hodie autem, id est constitutione Iustiniani, exactio dotis, quæ in re mobili constituta est, debet intra annum celebrari, *l. vnica*, §. *exactio*, *Cod. de rei vxor. act.* Et consequenter etiam post constitutionem Iustiniani, plenius est legatum dotis rei mobilis, quàm de dote actio; legatum enim statim peti potest: vnde legatum dotis *prælegatum* dicitur, quia veluti ad manum præsens dos datur; & *relegatum*, quia vxori quodammodo res sua legatur, & redditur potiùs quàm datur, *l. cùm pater*, §. *fidei*, *d. leg.* 2. non valet tamen legatum dotis rei immobilis; quia dos hæc etiam non legata statim reddi debet, *d.* §. *exactio.*

* 22 SED SI QVAM NON ACCEPIT] Qui dotem non accepit, & tamen legat; vel simpliciter legat hoc modo, *lego vxori dotem suam*, & legatum inutile est *l.* 3. *& fin. Cod. de falsa causa adject.* vel legat adjectâ certâ quantitate hoc modo, *vxori lego centum quæ dotis nomine accepi*, & vtile est legatum licèt non acceperit, *l.* 6. *cùm scriptum*, *ff. de dote præleg.* Et ratio differentiæ est, quia in priori casu nihil certi legatum est, sed tantùm quod dotis nomine acceptum est; at nihil acceptum est, ergo nihil legatum. Posteriori casu certa summa vxori legata est, quæ licèt in dotem data non fuerit, debetur tamen si non vt res legata, certè vt res alia, *d. l.* 3. Idem juris est si maritus hoc modo legaverit, Centum quæ in instrumento dotali conscripta sunt do lego: licèt enim in eo instrumento non sit expressa certa quantitas, imò nec instrumentum dotale fuerit factum, præstanda est tamen quantitas vxori, *l.* 6. *Cod. de fals. caus. adject.* Nec obstat quòd falsa demonstratio sit; nam falsa demonstratio non vitiat legatum certæ quantitatis, certíve corporis, quia abundat, *l.* 1. §. *si quis vxori*, *ff. de dote præleg.* Quod autem abundat non solet vitiare scripturam, *l. testamentum* 17. *Cod. de testament. & passim in jure.*

§. XVI. Si res legata[23] sine facto heredis[24] perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si verò heredis servus legatus fuerit, & ipse eum manumiserit: teneri eum[25] Iulianus scripsit. nec interesse vtrum scierit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, cum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit à se eum legatum esse. *Ex Pompon. l. 26. §. 1. de leg. 1.* *Ex Mart. l. 112. §. 1. leg. 1*

* 23 SI RES LEGATA] Nomine rei hîc intellige certum corpus, aut certam speciem; non autem quantitatem, aut eorum aliquid quæ pondere, numero, aut mensurâ constant. Hæc enim cùm in genere suo functionem recipiant, *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* perire non possunt, vt nec ipsum genus perire potest, *l. incendium*, *Cod. si certum petat.*

* 24 SINE FACTO HEREDIS] Id est sine vlla mora, dolo, aut culpa heredis, *l. cùm res* 47. §. *pen. ff. de leg.* 1. *l. mulier* 22. §. *sed enim*, *ff. ad senatusconsultum Trebell.* Quamquam tamen cùm sine dolo & culpa, sed solâ morâ heredis res legata perit, puta, si servus legatus facto suo mortuus est; æquius visum ita distinguendum cum Sabinianis. Vel res æquè peritura erat apud legatarium ac penes heredem; & hoc casu heres æstimationem præstare non tenetur: vel non erat peritura, quia eam statim venditurus erat legatarius, & ita periculum translaturus ad alium; & hoc casu heres tenetur præstare æstimationem, *l. item si verberatum*, §. *fin. ff. de rei vindic.*

testator alienam tamquam suam legaverit, ex conjectura enixæ voluntatis aliquando tuemur legatum, veluti si filio rem alienam tamquam suam legaverit, vt in *l. cùm pater*, §. *evictis*, *ff. de leg.* 2. vel si cognato, affini, conjunctæve personæ legaverit, *l. cùm alienam*, *C. hoc tit.* vel si vxori, *l.* 10. *in fine*, *ff. de auro & argento legato.* His enim casibus, propter affectionem summam præsumitur legatarius fuisse rem alienam, etiamsi rem alienam esse scivisset.

§. V. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena: vt ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse. & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, & hoc expressit: non debet heres eam luere.

§. VI. Si res aliena legata fuerit, & ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest. Si verò ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem & in eamdem rem [8] concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur: interest vtrum rem an æstimationem ex testamento consequutus est. nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem, agere potest.

Ex Vlp. l. 57. de leg. 1.

Ex Papin. partim l. 66. §. 1. de leg. 2. partim Vlp. l. 34. §. 1. de leg. 1.

* [8] ET IN EAMDEM REM] Rei verbo hoc loco corpus intellige, quod quantitati opponitur: duæ enim causæ lucrativæ in eamdem quantitatem concurrere possunt, *l. planè* 34. §. *sed si non corpus*, *ff. de leg.* 1. Ratio differentiæ est evidens, quia eadem res sæpius dari non potest, ne volente quidem testatore; res enim eadem mea sæpius fieri non potest, *l. si servus* 108. §. *Stichum de leg.* 1. At eadem quantitas sæpius præstari potest; quia etsi sit eadem quantitas, non est tamen eadem res; est idem genus, sed non eadem species. Dicit insuper, *in eamdem rem*, id est in vnam rem nominatim legatam: nam longè aliud est in legato disjunctivo duarum rerum, *l. hujusmodi* 84. §. *si Titio de leg.* 1.

§. VII. Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modò futura est, rectè legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex ancilla natum erit.

Ex Pompon. l. 14. de leg. 1. & Mac. l. 17. de leg. 3.

§. VIII. Si eadem res [9] duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim [10]: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat, Titio & Seio hominem Stichum do lego. disjunctim ita, Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. Sed & si expresserit eumdem hominem Stichum, æquè disjunctim legatum intellegitur.

. ⁹ SI EADEM RES] Pertinet hic locus ad tractatum de jure accrescendi, quod habent collegatarii jure conjunctionis, vt sociis non concurrentibus retineant solidum. De quo jure Iustin. tractavit in *l. vnica*, §. *vbi autem*, *C. de caduc. tollend.* vnde & hic §. à Triboniani manu totus conflatus est. Et vt intelligatur, sciendum est hanc conjunctionem triplici modo fieri *vulg. l. triplici, ff. de verb. sign.* cujus pars est *l. re conjuncti, ff. de leg.* 3. vel re rantùm; vel re & verbis; vel verbis tantùm, non etiam re: de qua hoc loco non agitur, nec in *d. l. vnica*; hæc enim conjunctio nullius est momenti, nisi quando pro duplici accipitur ex mente defuncti, id est nisi quando non solùm verbis, sed etiam re conjuncti intelliguntur collegatarii, vt diligenter Cujac. exposuit *lib.* 24. *Obs. cap.* 34. & 35. Conjuncti re & verbis per eminentiam dicuntur conjuncti; quoniam his oppositi conjuncti re tantùm, disjuncti potiùs, & separati videntur; & vt Iustin. eleganter ait in *d. l. vnica*, §. *vbi autem*, ab ipso testatoris sermone discreti. Hi enim quibus conjunctim legari Iustin. ait *hoc loco*, & in *d. lege vnica*, nominis & rei complexu junguntur. Separantur verò hi quibus disjunctim legatur; quia non simul eadem res legatur; sed discreto sermone, discretáque clausulâ, vt in exemplis propositis in *hoc* §.

Hæc ergo sermonis varietas variam peperit voluntatis interpretationem, ex qua natas constat fuisse varias legatorum formulas, in quibus tractatum fuit à prudentibus, an hoc jus accrescendi locum habere possit, quod ex voluntate testatoris inductum fuisse omnes fatentur. Quæsitum enim fuit, an ex testatoris voluntate collegatarius, altero forsitan deficiente, solidum habere debeat, vel partem tantùm: an verò duobus concurrentibus vterque solidum; vnus nempe solidum, id est rem ipsam, alter verò æstimationem; & an scindi debeat legatum in duas partes. Et in legatis per vindicationem, & per præceptionem, (horum enim eadem fere vis & formula, sive conjunctim, sive discretim legatum relictum sit) obtinuisse videtur singulis in solidum ab initio testatorem rem assignasse, & primo non concurrente secundum retinere solidum; & partem ergo deficientem accrescere secundo, vel non decrescere solidum quod retinet secundus. In legatis verò per damnationem & sinendi modo, sive conjunctim, sive disjunctim legatum datum sit, non fuit inductum jus accrescendi. Cùm enim ita conjunctim legabat testator, *heres damnas esto dare Titio, & Mævio*, manifestum erat partes fecisse ab initio testatorem, id est, voluisse heredem simul eamdem rem præstare duobus divisis partibus, quas ipse testator fecisse intelligebatur. Et ideo Vlp. ait, singulis ab herede deberi partes tantùm: ideóque vno non capiente, non potuit acquiri pars deficiens alteri; sed vel ex jure antiquo in hereditate remanebat, vel ex nova lege Papia caduca erat. Si verò disjunctim; singulis solidum præstare tenebatur heres, id est rem vni qui agere præoccupaverat actione personali, alteri æstimationem. Iustinianus autem in *d. l. vnica* has differentias sustulit: de posteriori non dubitatur; cùm enim in legato per damnationem disjunctim relicto, vni res, alteri æstimatio præstanda esset, Iustin. nominatim ait hodie hoc locum habere non posse, in *d. l. vnica*, §. *vbi autem*, & *in hoc* §. *nostro*, scindi legatum quibuscumque verbis, & quocumque genere datum sit. Sed addenda est exceptio ex *d. l. vnica*, *nisi constet de voluntate testatoris*, quam Tribonianus appinxit in *l. si pluribus*, *ff. de leg.* 1. & aliis plerisque locis notatis à D. Cujacio.

Sed anxiè quæritur, an prior differentia sublata sit; id est, an quemadmodum constat ex hac nova constitutione partem collegatario accrescere legato disjunctim relicto, sublatâ differentiâ veteri legatorum per vindicationem, & per damnatio-

nem; ita quoque sublata sit differentia quæ olim fuit inter legata per vindicationem, & damnationem, si conjunctim legatum relictum sit. Nam si per vindicationem, præstantiss. Cujac. non dubitat partem accrescere collegatario, *l. si duobus 16. §. ult. l. legatum 116. §. 1. l. planè 34. § si duobus, ff. de leg. 1. l. si servo, ff. de statulib.* Si autem per damnationem; non capientis, vel deficientis partem remanere in hereditate, juxta jus vetus, & non esse locum juri accrescendi, *l. 7. ff. de leg. 2. d. l. si duobus, in princ. l. hujusmodi* 84. *§. si Titio, d. l. planè, §. si disjunctim, ff. de leg.* 1. hanc enim, inquit, differentiam non reperio sublatam. Et hoc veluti effugio declinandas esse censet omnes difficultates, quæ hactenus præstantissimos Iurisconsultos malè habuerunt.

Sed contra Cujacium, Iustin. ipse manifestis verbis in *d. l. unica*, §. *ubi autem*, versic. *nos autem*, ait se omnino repellere hanc dissonantiam legatorum: & si vel quâdam parte relinquendam esse volnit, quare tollendam sedulò curavit omnem mentionem horum legatorum in libris juris civilis. Sed difficultatem omnino tollere videtur quod idem Iustin. ait in *d. versic. nos autem*, non solùm in omnibus legatis, sed etiam fideicommissis, se vnam & eamdem naturam imponere. In fideicommissis olim non erat jus accrescendi, nam eodem ferme jure censebantur quo legata per damnationem, quod & D. Cujac. docuit: hodie locus erit in fideicommissis juri accrescendi, quia sunt exæquata legatis. Et si in hac parte nulla est differentia inter legatum & fideicommissum, multò minùs esse potest differentia inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem.

Verius itaque esse existimo, ita fuisse in hac quoque parte confusam & commixtam naturam horum legatorum, vt si conjunctim legatum datum sit quibuscumque verbis, vt loquitur §, 2. *hoc tit.* omnibus concurrentibus, scindatur omnino legatum. Quibusdam verò deficientibus, volentibus, & agnoscentibus accrescere legatum; quasi solidum ab initio relictum sit per vindicationem: invitis verò, & recusantibus non posse accrescere; quasi relictum sit per damnationem. Et ita ex mente Iustiniani conciliandæ videntur omnes leges, in quibus legatum accrescere, vel non accrescere dicitur. Nec temerè debemus socordiæ, vel imperitiæ insimulare Tribonianum, qui meritò nobis vestigia quædam reliquit veteris hujus differentiæ, vt hanc novam confusionem faciliùs intelligamus.

Verum ergo hodie est, in legato conjunctim dato, ab initio videri legatariis solidum datum, si deficientes partes agnoscant; & ab initio quoque videri habuisse partes, si deficientes partes agnoscere recusent, quod verissimum esse ostendo. Superior differentia ex varietate formulæ legatorum emanabat, ex ea enim diversitatem voluntatis prudentes colligebant; nam vel initio solidum, vel initio partes dedisse testator intelligebatur, provt legaverat per vindicationem, vel per damnationem. At hodie sublatâ omni vi & potestate harum formularum, quibuscumque verbis conjunxerit testator legatarios, ex mente Iustiniani hoc videtur relinquere arbitrio legatariorum, vt vel partem, vel totum habeant; & vno casu videatur legatum relictum per vindicationem, altero verò per damnationem, confusis veluti, & commixtis omnibus legatis, vt fit in actionibus dandis: verbi gratiâ, hodie indistinctè datur actio in rem, quasi legatum relictum sit per vindicationem; datur actio in personam, quasi relictum sit per damnationem, quod & D. Cujac. docuit in *principio hujus tit. poster. notis*. Eademque confusio in legatis, & fideicommissis, vt quod in vno locum habere non potest, ex altero assumatur.

Ex hac autem confusione, ni fallor, repetenda est nova ratio hujus novi juris, quo contra novam regulam res accrescit volenti, non invito; quia hoc voluisse

præsumitur testator, si conjunctim quibuscumque verbis legaverit; & contrà aliud voluisse omnino præsumitur, si disjunctim legaverit, quo casu accrescit invito, vt latiùs explicat Iustin. in *d. l. vn.* §. *fin verò.* Certissima igitur comparatio juris antiqui, & novissimi à Iustiniano inducti hæc est. Iure antiquo duobus disjunctim per vindicationem dato legato, concurrentibus partes præstabantur; vno verò non concurrente, alteri pars deficiens accrescebat, quasi ab initio datum esset solidum. Per damnationem, vtrique solidum præstabatur; vni res, alteri pretium. Hodie diversa horum legatorum natura ita confunditur, vt solidum vterque nunquam habere possit; sed duobus concurrentibus legatum scindatur, ac si relictum esset conjunctim per vindicationem, vel per damnationem. Si verò non concurrat vnus, vt is qui agnovit omnino retineat solidum, quod & olim obtinuit in legato per vindicationem altero deficiente; & per damnationem etiam altero concurrente. Eadem fere confusio fit in legato conjunctim dato, nam per vindicationem jus accrescendi olim habuit collegatarius, quod non habuit per damnationem, vt suprà docui. Hodie habet jus accrescendi si vult agnoscere partem deficientem, & perinde est ac si legatum esset per vindicationem. Si verò agnoscere recusat, cessat jus accrescendi, ac si legatum esset per damnationem. quæ omnia sublatis variis legatorum formulis induxit Iustin. ex præsumpta voluntate testatoris, à qua jus accrescendi profectum esse nemo est qui nesciat.

*[10] SIVE CONIVNCTIM, SIVE DISIVNCTIM] Pertinet hic locus ad tractatum de jure accrescendi, sive de jure conjunctionis inter collegatarios, de quo Iustinianus tractavit in *l. vnica, Cod. de caduc. tollend.* & Paulus in *l. triplici* 142. *ff. de verb. sign.* & in *l. re conjuncti, de leg.* 3. Ait autem Paulus in *d. l. triplici*, tribus modis conjunctos intelligi. Alii enim sunt conjuncti re & verbis simul; alii re tantùm; alii verbis tantùm. Re conjuncti tantùm sunt, quibus disjunctâ & separatâ testatoris oratione res eadem legata est; veluti Titio fundum Tusculanum do lego, Mævio eumdem fundum Tusculanum do lego. Re & verbis simul, quibus conjunctâ oratione res eadem legata est; veluti, Titio & Mævio fundum Tusculanum do lego. Verbis tantùm, quibus conjunctâ oratione res diversæ, vel eiusdem rei partes ab initio legatæ sunt; veluti, Titio fundum Tusculanum do lego, & Mævio centum do lego; vel Titio & Mævio fundum Tusculanum ex æquis partibus do lego. Conjuncti primo, & secundo modo, ab initio solidum habent singuli, & concursu partes faciunt, & ob id jus accrescendi inter eos versatur: quia si duo sint, exempli gratiâ, conjuncti re tantùm, aut re & verbis simul; non concurrente vno, solidum manet apud alterum, & accrescere vtique, & lucro esse videtur vni, quod ei non præripit alter. At inter nudis verbis conjunctos non est ius accrescendi; quia ab initio partes habent singuli, quod in jure accrescendi nusquam admissum fuit, *l.* 1. §. *interdum.* & *l. pen. ff. de vsufruct. accresc. l.* 66. *ff. de hered. instit.* Ideòque pars non capientis in hereditate remanet ex jure antiquo, non hodie sublatis legibus caducariis. Ad hæc notandum, τὸ *disjunctim* hoc loco, & in *d. l. vnica*, §. *vbi autem*, *Cod. de cad. tollend.* ex qua totus hic §. transcriptus videtur à Triboniano, significare conjunctionem rerum, & disjunctionem verborum: τὸ autem *conjunctim*, conjunctionem rerum & verborum simul; vt conjuncti hoc loco dicantur tantùm ii, qui re & verbis conjuncti sunt: disjuncti, qui re tantùm non verbis. At isti quoque conjuncti dicuntur in *d. l. triplici?* Ita est, sed minùs propriè; conjuncti enim propriè dicuntur, qui conjunctâ testatoris oratione in eamdem rem, vel jus vocantur: disjuncti autem, qui ab ipso testatore sermone apertissimo discreti sunt,

quales sunt ii qui re tantùm conjuncti dicuntur, in *d. l. triplici*.

Et licèt inter heredes conjunctos, & disjunctos locus sit juri accrescendi, vt suprà diximus; illud tamen non æquè in quocumque genere legatorum prudentes olim admiserunt: nam in legatis per damnationem, sive conjunctim, sive disjunctim relictum sit legatum, non induxerunt jus accrescendi. quoniam si conjunctim, manifestum erat partes fecisse ab initio testatorem, & voluisse heredem simul eamdem rem præstare duobus, divisis partibus, *l. planè*, *§. si conjunctim, ff. de leg.* 1. Ideo vno non capiente partem suam, non potuit ea pars acquiri alteri; sed vel remanebat ex jure antiquo in ipsa hereditate, vel caduca fiebat ex lege Papia, id est ad fiscum pertinebat. Si autem disjunctim; solidum singulis heredem præstare volebant, ex tacita testatoris voluntate: id est rem ei qui actione ex testamento agere præoccupasset, alteri autem æstimationem, *l. si pluribus* 33 *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *§. fin ff. de leg.* 2. *l. duos, ff. de vsufr. legat.* & pluribus aliis. Idem quoque admittebant in legato sinendi modo, quod fere similibus verbis, quibus legatum per damnationem, relinquebatur: & sic in ejusmodi legatorum generibus, neutro hoc casu jus accrescendi admiserunt. In legatis autem per vindicationem, & per præceptionem, quorum pene idem jus fuit & eadem formula, admiserunt: quoniam sive conjunctim, sive disjunctim legatum esset relictum, his duabus legandi formulis videbatur testator singulis in solidum ab initio rem assignasse: & ideo volebant vno non concurrente, alterum retinere solidum ex tacita voluntate testatoris; & partem deficientem accrescere, vel potiùs non decrescere ei, qui solus legatum agnovisset. Et hæc fuit ante Iustinianum juris observatio. Sublatis autem vatiis legatorum formulis ab eodem Iustiniano, si eadem res duobus legata est, sive conjunctim, sive disjunctim, sive per damnationem, sive alio quovis modo, & quibuscumque verbis; ex mente Iustiniani legatum interscinditur, si vterque concurrat, & legatum vterque agnoscat: sin defecerit alter, id est repudiaverit legatum, aut decesserit, totum erit collegatarii: quod ipse Iustinianus induxit ex præsumpta voluntate testatoris, à qua jus accrescendi profectum esse nemo est qui nesciat

§. IX. Si cui fundus alienus [11] legatus fuerit, & emerit proprietatem deducto vsufructu, & vsusfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat: rectè eum agere, & fundum petere Iulianus ait: quia vsusfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, vt deducto vsufructu jubeat æstimationem præstari. *Ex Iuliano l. 82. §. fundus, de leg. 1.*

[11] Si cui fundus alienus] Hujus §. sententia hæc est elegantissima, paulò altiùs repetenda. Proposita fuit in §. 6. *versic. nam traditum, suprà, hoc tit.* regula juris, quam his verbis concipit Iulianus in *l. omnes debitores, ff. de obligat. & action. Omnes debitores, qui speciem*, id est certum corpus, *debent, liberantur cùm ea specie ad creditores ex causa lucrativa pervenerit.* Hujus autem verbi, *pervenerit*, vim & potestatem idem Iulianus exposuit in eodem libro, in *l. non quocumque* 82. *ff. de leg.* 1. vt ita demum huic regulæ locus sit, si ita pervenerit vt avelli non possit, si perfectè facta fuerit creditoris, vt loquitur *l. omnes actiones* 139. §. 1. *ff. de Reg. jur.* Liberatur ergo debitor solutione, & præstatione alterius debitoris: & si non solidum, sed pars tantùm ad creditorem pervenerit, potest petere partem dumtaxat, vt ex Marcello ad Iulianum notatur in *d. l.* 82. §. *Marcellus.* Et inde dubitandi ratio hujus §. repetenda est; continet enim Iuliani sententiam, quæ extat in §. *si fundus,* *d. l.*

d. l. 82. Fundus alienus legatus est Titio, qui à domino proprietatem fundi comparavit deducto vsufructu; venditor deinde capite minutus est, vel alio modo extinctus est vsusfructus, & consolidatus proprietati. Quæritur an Titius legatarius rectè fundum petat ab herede, id est an rectè agat fundum simpliciter petens; qui enim fundum petit, & vsumfructum petere videtur, *l. si Titio, l. si alii, ff. de vsufructu legato*; & quia vsumfructum ex causa lucrativa habet, id est ex consolidatione, plus petere videtur quàm ei debeatur ab herede: qui autem plus petit non rectè agit, id est malè agit; vt qui ante diem agit, id est plus tempore petit, *l. vn. §. vlt. ff. quando dies vsusfructus legati cedat.* Iulianus tamen rectè legatarium agere dicebat, neque plus petere ab herede si fundum petat, si hâc agendi formulâ vtatur, *Peto fundum quem mihi debes ex testamento.*

Malè omnino Theophilus hoc loco hanc fuisse Iuliani sententiam ait, legatarium actione personali ex testamento æstimationem proprietatis petere debere; Iulianus enim contrà assevetabat non æstimationem proprietatis, non proprietatem deducto vsufructu, sed fundum ipsum rectè petere legatarium, nec ex veteri jure incidere in periculum plus petitionis. Quam sententiam notabat Marcellus, & extat pars notæ Marcelli in *d. l.* 82. §. *Marcellus.* Et vtebatur hoc argumento. vsusfructus est pars rei, *l.* 4. *ff. de vsufructu, l. qui vsumfructum* 88. *ff. de verb. oblig.* vel vt loquitur *l. cùm filius* 76. §. *dominus, ff. de leg.* 2. instar portionis est, id est obtinet locum partis. At si pars ex causa lucrativa ad creditorem pervenerit, potest petere partem dumtaxat; ergo proprietatem deducto vsufructu, id est deductâ parte quam ex causa lucrativa habet, petere tantùm potest. Et si fundum petit, totum petit; & malè ergo agit, quia re plus petit, *l.* 4. *ff. de compensationibus.*

Sed hanc Marcelli objectionem facilè diluit subjecta Iuliani ratio; quia vsusfructus in petitione, id est in instituenda actione, servitutis, non partis locum habet, id est habetur pro servitute quæ fundo accedere videtur, non pro parte rei. Non enim generaliter omnibus casibus vsusfructus obtinet locum partis, vt nominatim Papin. ait in *l. si Titio*, §. 1. *ff. de vsufructu*, non in casu *d.* §. 1. neque in casu *l. Mævius* 66. §. *pen. ff. de leg.* 2. quæ eleganter ait vsumfructum in jure, non in parte consistere. Non obtinet etiam locum partis in petitione, sive actione in rem agatur, sive in personam, *l. rectè, ff. de verb. sign.* In petitione enim vsumfructum consideramus tamquam servitutem, tamquam jus, id est rem incorporalem, non tamquam corpus vel partem rei. Hanc quoque fuisse Iuliani sententiam Paulus ait in *d. l. rectè*, quam veriorem esse affirmat, rejectâ puta, Marcelli notâ, cujus ideo partem supprimit Tribonianus in *d.* §. *Marcellus.* Sed quamvis vsusfructus in petitione, servitutis locum obtineat, quamvis hoc casu & multis aliis, in jure, non in parte consistat; emolumentum tamen rei continet, vt eleganter ait *d. l. Mævius* §. *pen.* Et ideo officio judicis hoc continetur, vt in condemnatione jubeat æstimationem tantùm proprietatis præstari; quia vsumfructum habet legatarius ex causa lucrativa. Et ita suprà in §. 28. *versic. sed si ab alterutro, de rer. divisione.* Aliud est in petitione, aliud verò in condemnatione; puta, quantitas frumenti est in petitione, qualitas verò in condemnatione.

* 11 SI CVI FVNDVS] Hic §. hanc facti speciem habet. Titius sciens fundum alienum mihi legavit; antequam legatum peterem, ejus fundi proprietatem nudam, id est detracto vsufructu, acquisivi. Postea venditore mortuo, aut capite minuto, extinctus est vsusfructus, & proprietati quam emi consolidatus; & consequenter ex causa lucrativa ad me pervenit, quia pro eo nihil impendi. Quæritur

mortuo Titio testatore, an nudam proprietatem, id est sine vsufructu, vel plenam & cum vsufructu petere possim? Et ait Iustinianus plenam me proprietatem petere posse, id est fundum ipsum, quem qui petit, & vsumfructum quoque petere intelligitur, *l. si Titio, l. alii, ff. de vsu & vsufr. leg.* Dubitandi rationem faciebat, quòd vsumfructum petens plus petere videar quàm mihi debeatur; neque heres enim mihi vsumfructum debet, quem jam habeo ex causa lucrativa, nimirum ex consolidatione; alioquin daretur concursus duarum causarum lucrativarum in eamdem rem, & eumdem hominem. Iulianus tamen, cujus sententiam laudat & sequitur Iustinianus, rectè legatarium agere dicebat, neque plus petere ab herede fundum petendo, hac subjectâ ratione; quia vsusfructus in petitione, id est in instituenda actione, servitutis, non partis locum obtinet; id est habetur pro servitute quæ fundo accedere videtur, non pro parte fundi. Quia, inquam, in petitione fundi vsumfructum consideramus tamquam servitutem, tamquam jus, tamquam rem incorporalem; non tamquam corpus, aut partem rei corporalis. Rectè igitur in hoc casu ex testamento fundum petere possum, nam vsusfructus servitutem peto, quam ipse non habeo. Verùm quia vsusfructus licèt in jure consistat, tamen emolumentum rei continet, vt eleganter ait Papinianus, in *l. Mavius, §. fundo legato, ff. de leg. 2.* officio judicis continetur, vt in condemnatione jubeat æstimationem proprietatis tantùm præstari, non etiam æstimationem vsusfructus.

§. X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest, & licèt alienaverit eam [11], non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

Ex l. proprias C. hoc tit.
Ex Paulo l. 41. §. 1. de leg. 1.

[11] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Non probat ergo Iustin. contrariam sententiam Celsi, quæ extat in *l. 1. §. vlt. ff. de regul. Catoniana.* Verius enim est, quod ex plurium sententia Vlp. ait in *l. cetera, §. 2. ff. de leg. 1.* nec ideo dicendum est contrarium relictum esse in jure à Triboniano; quia satis apparet ex diversis sententiis hanc obtinuisse.

*[11] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Propter regulam Catonis, quæ voluit legatum quod ab initio non valuit, ex postfacto convalescere non posse, *l. cetera 41. §. tractari, ff. de leg. 2.* Cui tamen regulæ adversatur Celsus in *§. fin. l. 1. ff. de regula Caton.* vbi, si fundus meus mihi legatus sit, & eum vivo testatore alienavero, legatum deberi putat. Respondet Iohannes Glossographus, & post eum Duarenus ad *d. leg.* & post eum nonnulli alii; voluisse Celsum cùm quis rem meam mihi legat, eam legare sub tacita conditione, cùm mea esse desierit: proindéque legatum vtile esse; quia regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet, *d. l. cetera, ff. de leg. 2.* & *l. placet, ff. de regula Caton.* haud secùs quàm vtilis est emptio rei meæ sub ea conditione, cùm mea esse desierit, *l. existimo, ff. de contrah. empt.* Atque ita conjiciebant voluisse Celsum eamdem esse rationem tacitæ, & expressæ conditionis; quod reliqui auctores negabant omnino, admittentes quidem legatum & emptionem rei suæ sub expressâ valere, sub tacitâ nequaquam. Quare verius est quod Cujacius ait *notis priorib. ad hunc locum*, Celsum dissentire à ceteris auctoribus juris hac in re, vt in aliis sæpe solet; & Iustinianum hanc plurium sententiam vt æquiorem sequutum fuisse, quò via fraudibus præcludatur. Si enim legatum rei suæ purè relictum convalesceret alienatione rei subsequutâ vivo testatore, in potestate foret legatarii validum reddere legatum, quod ipso jure nullum est.

§. XI. Si quis rem suam quasi alienam[13] legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

*[13] SI QVIS REM SVAM QVASI ALIENAM] Qui rem suam quasi alienam legat, eo animo intelligitur fuisse, vt si suam scivisset multo magis legasset: quare voluntati testatoris repugnaret, si diceremus talem errorem impedire effectum rei, quæ bene & secundùm testatoris voluntatem cecidisset. Ideóque in hac specie locum habet hæc regula, quæ plus valere vult quod in veritate est, quàm quod in opinione. Quæ tamen regula ita vera est, si error facti interveneri, vt hîc, non si error juris; hoc enim posteriori casu prævalet opinio veritati, *l. is qui putat 15. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

§. XII. Si rem suam legaverit testator, postéaque eam alienaverit, Celsus existimat si non adimendi animo[14] vendidit, nihilominus deberi, idémque divi Severus & Antoninus rescripserunt. iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri[15]: & ideo legatarium cum herede agere posse, vt prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata, omnimodo debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

[14] NON ADIMENDI ANIMO] Colligitur autem hic animus ex his quæ vulgò notantur in *l. rem legatam, ff. de adimendis legatis*, cum similibus ab Accursio notatis, *vide l. cùm status, §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

*[14] SI NON ADIMENDI ANIMO] Non adimendi animum testator habuisse videtur, qui necessitate rei familiaris vrgente alienavit, *l. fideicommissa, §. si rem suam, ff. de leg. 3.* Adimendi autem, qui vltro, & sponte, & sine necessitate alienavit. Et eæ sunt conjecturæ juris vulgò receptæ, quas tamen hoc loco ideo prætermisit Iustinianus; quia non tollunt libertatem contrariæ voluntatis probandæ. Et eapropter si fuerit spontanea alienatio, ad legatarium pertinebit probare eamdem nihilominus fuisse testatoris voluntatem. Sin autem necessaria & coacta, heredis erit probare mutatam fuisse voluntatem, *d. l. fideicommissa, §. si rem suam, ff. de leg. 3.* quòd si tantùm pignoraverit rem legatam testator, minùs videtur mutasse voluntatem, neque adimere voluisse, *l. 3. Cod. de legat.* Sin autem rem legatam alii donaverit, omnimodo legatum extinguitur, neque locus est hoc loco distinctioni allatæ suprà; quia distinctio illa in donantis munificentiam non cadit, cùm nemo in necessitatibus liberalis existat, *l. rem legatam, ff. de adim. legat.*

[15] ADEMISSE LEGATVM NON VIDERI] Paulus *lib. 3. Sent. hoc tit.* Ex eo mutasse voluntatem non videtur, si postea pignori vel fiduciæ rem legatam testator dederit: vtimur ergo hoc casu superiore distinctione.

§. XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum vtile est[16]: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est. sed & potest à debitore conveniri, vt liberet eum. potest autem quis vel ad tempus jubere ne heres petat. *Ex Pompon. l. 8. §. 2. de liberat. leg.*

ejus concessa fuerat, ad eas conquirendas & colligendas, tenebantúrque tantùm eam solvere annuâ, bimâ, trimâ die. Hodie autem, id est constitutione Iustiniani, exactio dotis, quæ in re mobili constituta est, debet intra annum celebrari, *l. vnica*, *§. exactio*, *Cod. de rei vxor. act.* Et consequenter etiam post constitutionem Iustiniani, plenius est legatum dotis rei mobilis, quàm de dote actio; legatum enim statim peti potest: vnde legatum dotis *prælegatum* dicitur, quia veluti ad manum præsens dos datur; & *relegatum*, quia vxori quodammodo res sua legatur, & redditur potiùs quàm datur, *l. cùm pater*, *§. fidei*, *d. leg. 2.* non valet tamen legatum dotis rei immobilis; quia dos hæc etiam non legata statim reddi debet, *d. §. exactio.*

* 22 SED SI QVAM NON ACCEPIT] Qui dotem non accepit, & tamen legat; vel simpliciter legat hoc modo, *lego vxori dotem suam*, & legatum inutile est *l. 3. & fin. Cod. de falsa causa adject.* vel legat adjectâ certâ quantitate hoc modo, *vxori lego centum quæ dotis nomine accepi*, & vtile est legatum licèt non acceperit, *l. 6. cùm scriptum*, *ff. de dote præleg.* Et ratio differentiæ est, quia in priori casu nihil certi legatum est, sed tantùm quod dotis nomine acceptum est; at nihil acceptum est, ergo nihil legatum. Posteriori casu certa summa vxori legata est, quæ licèt in dotem data non fuerit, debetur tamen si non vt res legata, certè vt res alia, *d. l. 3.* Idem juris est si maritus hoc modo legaverit, Centum quæ in instrumento dotali conscripta sunt do lego: licèt enim in eo instrumento non sit expressa certa quantitas, imò nec instrumentum dotale fuerit factum, præstanda est tamen quantitas vxori, *l. 6. Cod. de fals. caus. adject.* Nec obstat quòd falsa demonstratio sit; nam falsa demonstratio non vitiat legatum certæ quantitatis, certíve corporis, quia abundat, *l. 1. §. si quis vxori*, *ff. de dote præleg.* Quod autem abundat non solet vitiare scripturam, *l. testamentum 17. Cod. de testament. & passim in jure.*

§. XVI. Si res legata[23] sine facto heredis[24] perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si verò heredis servus legatus fuerit, & ipse eum manumiserit: teneri eum[25] Iulianus scripsit. nec interesse vtrum scierit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit à se eum legatum esse.

Ex Pompon. l. 26. §. 1. de leg. 1.

Ex Mart. l. 112. §. 1. leg. 1

* 23 SI RES LEGATA] Nomine rei hîc intellige certum corpus, aut certam speciem; non autem quantitatem, aut eorum aliquid quæ pondere, numero, aut mensurâ constant. Hæc enim cùm in genere suo functionem recipiant, *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* perire non possunt, vt nec ipsum genus perire potest, *l. incendium, Cod. si certum petat.*

* 24 SINE FACTO HEREDIS] Id est sine vlla mora, dolo, aut culpa heredis, *l. cùm res 47. §. pen. ff. de leg. 1. l. mulier 22. §. sed enim, ff. ad senatusconsultum Trebell.* Quamquam tamen cùm sine dolo & culpa, sed solâ morâ heredis res legata perit, puta, si servus legatus facto suo mortuus est; æquius visum ita distinguendum cum Sabinianis. Vel res æquè peritura erat apud legatarium ac penes heredem; & hoc casu heres æstimationem præstare non tenetur: vel non erat peritura, quia eam statim venditurus erat legatarius, & ita periculum translaturus ad alium; & hoc casu heres tenetur præstare æstimationem, *l. item si verberatum*, *§. fin. ff. de rei vindic.*

§. XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quòd si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem servus adquisierit: Iulianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere: quia hujus legati dies ab adita hereditate cedit. sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum[29] fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur[30]. & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, vt petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, quum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre. *Ex l. 8. §. vtrum de pecul. leg.*

* [29] PECVLIVM AVTEM NISI LEGATVM] Servo manumisso testamento peculium non debetur, nisi nominatim legatum sit: manumisso autem inter vivos tacitè debetur, nisi nominatim ademptum sit, *l. si Sticho, ff. de peculio*, *l. vnic. Cod. de pecul. ejus qui libert. mer.* Ratio diversitatis hæc redditur; quia qui manumittit inter vivos, peculium neque alii dat, neque sibi retinet, nisi nominatim adimat: qui autem manumittit testamento, nec nominatim manumisso peculium legat, peculium cum vniverso jure heredi suo dedisse videtur. Vnde mirum est quod ait Paulus *Sent. lib. 3. tit. 7. versic. fundo vel servo legato*, servo simpliciter legato, peculium ejus ad legatarium pertinere; cùm nullo juris loco id proditum sit, nisi cùm vicarius ordinario legatus est, *l. 6. §. vicario, ff. de pecul. leg.*

[30] SVFFICIT SI NON ADIMATVR] Ratio differentiæ hæc est, quia inter vivos peculium neque alii dat, neque sibi retinet; testamento verò, cum vniverso jure heredi dedisse videtur, quod D. Cujac. docuit in *tit. C. de peculio ejus qui libertatem meruit.*

§. XXI. Tam autem corporales res legari possunt, quàm incorporales. & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, vt actiones suas heres legatario præstet: nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet, damnas esto heres domum illius reficere. vel, illum ære alieno liberare. *Ex Vlp. l. cetera 41. de leg. 1.*

§. XXII. Si generaliter servus[31] vel res alia legetur, electio legatarii est[32], nisi aliud testator dixerit.

* [31] SI GENERALITER SERVVS] Quicquid dicitur de pluribus, apud Iurisconsultos genus est, vt homo, equus, vinum, frumentum. Et hinc generaliter legare apud illos, est incertum quid indistinctè, & indefinitè legare, *l. heredes 25. §. si incerto, ff. fam. ercisc. l. cùm incertus, l. legato 37. ff. de leg. 1.* Non tamen cujuslibet rei incertæ legatum est vtile, sed ejus dumtaxat cujus demonstratio certa esse po-

test. Er ideo si quis fundum generaliter legaverit, legatum inutile est., *l. cum post 69. §. gener, ff. de jure dot.* quia fundus demonstrari non potest; cùm quælibet pars fundi, vel etiam vnica gleba fundus sit, *l. locus 60. ff. de verb. sign.* At homine generaliter legato, valet legatum, quia hominis certa demonstratio est; cùm legatarius certum hominem eligere possit, quem sibi dari postulabit, licèt incertus homo legatus sit.

31 ELECTIO LEGATARII EST] Olim legato relicto per vindicationem, legatarii erat electio; per damnationem, heredis, vt Vlp. docet *lib. Reg. hoc tit.* Cujus verba feliciter emendavit Cujac. *lib. 17. Obs. cap. 28.* Hodie quibuscumque verbis legatum relictum sit, perinde est ac si relictum esset per vindicationem; quia hodie cuique legatario potestas est quâ actione vti velit: hac enim ratione vtitur Africanus, vt constituat legatarii esse electionem in *l. si servus, §. cùm homo, ff. de leg. 1.* Sed subjicit Iustin. hanc exceptionem, *nisi aliud testator dixerit*, id est nisi nominatim hoc expresserit, se velle electionem esse heredis: quo casu quamvis relictum sit legatum per vindicationem, perinde erit ac si relictum esset per damnationem; vt olim re alienâ legatâ per vindicationem ex senatusc. Neroniano, perinde erat ac si legata fuisset per damnationem., Vlp. auctore *in Fragm. hoc tit.* Et contrà si testator fortè vtatur verbis, quibus relinquitur legatum per damnationem, quo casu olim constabat electionem esse heredis: hodie electio non erit heredis, nisi nominatim hoc adjectum sit; quia & hodie is cui legatum est per damnationem rem vindicare potest, & actionem eligere; propter confusionem legatorum quam Iustin. fecit, ad quam revocandæ sunt omnes Pandectarum leges, quæ invicem pugnare videntur. Et quibus locis dicitur electionem esse heredis, ex mente Iustiniani supplendum est, id fuisse nominatim expressum à testatore. Sublatis enim formulis, vel sublatâ potiùs vi & potestate formularum, ex qua varietatem voluntatis prudentes collegerunt, necessariò danda fuit nova regula; vt suprà in legato conjunctim relicto vindicavi.

*·31 ELECTIO LEGATARII EST] Hoc ita olim procedebat, si per vindicationem legabatur; nam si per damnationem, electio erat heredis, vt ait Vlp. *in Fragm. hoc tit.* cujus differentiæ ratio hæc erat; quia in legato per vindicationem potestas erat legatario, vtpote domino rei legatæ, quâ actione agere vellet, *l. si servus 108. §. cùm homo, ff. de leg. 1.* In legato autem per damnationem, potestas erat heredi vtram rem dare vellet legatario, *l. qui concubinam 29. §. 1. ff. de leg. 3.* Hodie autem sublatâ differentiâ legatorum per vindicationem, & per damnationem; quibuscumque verbis legatum relictum est, perinde est ac si relictum esset per vindicationem; quia hodie cuicumque legatario potestas est quâ actione agere velit, reali, personali, vel hypothecaria, *l. 1. Cod. communia de leg.* & consequenter cujuscumque legatarii, in quocumque genere legati hodie electio est, non heredis.

§. XXIII. Optionis legatum 33, id est, vbi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem 34, & ideo nisi ipse legatarius vivus optaverit, ad heredem legatum non transmittebat. sed ex constitutione nostra, & hoc ad meliorem statum reformatum est: & data est licentia heredi legatarii optare servum, licèt vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, vt sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive vnius legatarii plures heredes, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere

eligere cupiente: ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & forte hoc esse dirimendum[35], vt ad quem sors veniat, illius sententia in optione præcellat.

* 33 OPTIONIS LEGATVM] Optionis legatum est, cùm testator ex multis rebus ejusdem generis vult vnam, vel plures à legatario optari. Solebat autem relinqui hoc legatum per vindicationem, hac formula, *hominem optato*, apud Vlp. *tit. de legat.* §. *optionis.* Et fiebat & peragebatur optio solemniter, nimirum præsente herede, res vniversas ejusdem generis quæ in hereditate inveniebantur exhibente, sine die, sine dilatione, sine conditione; nec ampliùs quàm semel peragi poterat, *l.* 5. *ff. de leg.* 1. quoniam res continuò legatarii fiebat, cùm dixerat se eam sumere, *l. apud Aufidium, ff. de optione leg.* & quia optio actus erat legitimus, qui non recipiebat diem, neque conditionem, nec iterari poterat, *l. actus legitimi, ff. de Reg. jur.* nisi fortè res omnes ejusdem generis exhibitæ non fuissent, ex quibus optio fieri debebat; hoc enim casu, de rebus omnibus postea exhibitis iterum optare poterat legatarius, *l.* 4. *ff. de opt. legata.*

* 34 HABET IN SE CONDITIONEM] Hanc scilicet, si legatarius vivus optasset; si enim antequam optasset moreretur legatarius, neque dies legati cedebat, neque ad heredem transmittebatur. Nec obstat *l. illud aut illud, ff. de opt. leg.* dum vult legatario antequam elegisset mortuo, legatum ad heredem suum transmitti; loquitur enim lex illa non de optione, sed de electione legata, quæ duo plurimùm olim inter se distincta erant. Imprimis enim optio semper expressim dabatur; electio autem aliquando tacitè, vt in legato generaliter relicto; aliquando expressim illud, aut illud, vtrum elegerit legatarius, *d. l. illud aut illud.* Deinde optio erat actus legitimus, qui fiebat herede præsente, vniversas res ejusdem generis quæ erant in hereditate exhibente; electio non erat actus legitimus, fierique poterat etiam absente herede. Denique legatum optionis erat conditionale; legatum electionis purum. quæ differentiæ postea sublatæ sunt à Iustiniano, in *l. fin. Cod. comm. de legat.* cùm voluit abrogato jure veteri, optionis legatum non habendum esse ampliùs pro conditionali, sed pro puro; mortuóque legatario antequam optaverit, legatum nihilominus transmitti ad heredem.

* 35 SORTE HOC ESSE DIRIMENDVM] Non est novum in jure sortis, hoc est fortunæ judicium; nam & coheredes inter se sortiri possunt apud quem remaneant cautiones hereditariæ, *l.* 5. *ff. fam. ercisc.* & sorte quoque hereditatem dividere possunt, *l.* 2. *quando, & quib. quarta pars deb. ex bon. decur. lib. Cod.* 10. & in judiciis finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, quibus confines, heredes, & socii, inter se disceptant; si quæratur litis ordinandæ gratiâ vter actor sit, vter reus, res sorte discernitur & definitur, *l. sed cùm ambo, ff. de judic.* At fortè dixerit aliquis cum Accursio rem frustra hîc sortis, & fortunæ judicio committi; cùm Prætor jurisdictione suâ possit eos qui inter se dissentiunt compellere, *l. hujusmodi in fine, ff. de leg.* 1. sed Prætor ipse mavult sæpe rem sorti permittere, quàm partes suas interponere; ne aliquam ambitionis, vel gratiæ suspicionem subeat, *l. generaliter*, §. *quid ergo, ff. de fideicommiss. libertatib.*

§. XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

§. XXV. Incertis verò personis, neque legata, neque fideicommissa

olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, vt divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat: veluti si quis ita dicat, Quicumque filio filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati erunt, æquè incertæ personæ legari videbatur. & denique multæ aliæ ejusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis, incertæ personæ rectè legabatur: veluti, ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam vxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

§. XXVI. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Ideóque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo.

§. XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta: quum in nostro Codice constitutio posita est, per quam & huic parti medemur, non solùm in hereditatibus, sed etiam in legatis, & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

§. XXVIII. Postumus autem alienus heres institui & antea poterat[36], & nunc potest, nisi in vtero ejus sit, quæ jure nostro vxor esse non potest.

*[36] INSTITVI ET ANTEA POTERAT] Iure scilicet Prætorio, non civili; Prætor enim instituto postumo alieno dat bonorum possessionem secundùm tabulas, §. 1. *infrà, de bon. poss. l. postumus, ff. de inoffic. testam.* quo sensu accipiendum est quod habetur in §. *postumo quoque suprà, in hoc tit.* postumo alieno legari non posse, jure scilicet civili, quamvis jure Prætorio possit. Et nunc potest jure etiam civili novissimo, id est constitutione Iustin. Græcâ *de incertis personis*; quæ licèt non extet in Codice Iustiniani, ejus tamen meminit Iustinianus in §. 1. *suprà, de bonor. poss.* Dices: imò & jure antiquo postumus alienus institui poterat? *l. 5. §. fin.* cum *l. seq. ff. de rebus dubiis*, vbi dicitur postumo suo, vel alieno hereditatem relinqui posse. Sed probabile est Tribonianum respicientem ad supradictam Iustin. constitutionem, addidisse hæc verba *vel alieno*, in *d. §. fin. l. 5. de reb. dubiis.*

§. XXIX. Si quis in nomine[37], cognomine, prænomine legatarii erraverit: si de persona constat, nihilominus valet legatum. Idémque in heredibus servatur, & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelleguntur, nihil interest.

*37 SI QVIS IN NOMINE] Nominum duo sunt genera; quædam substantiam rei significant, vt homo, vestis, fundus; quædam differentiam accidentalem, vt Titius, Cornelianus. Quæ substantiam significant sunt publica, & communia; quæ differentiam accidentalem sunt privata. Vt homo significet substantiam hominis, id publicè receptum est; vt hic homo appelletur Titius, & hic fundus Cornelianus, privatum est, & arbitrii cujuscumque. Quare error in nomine rei substantiam significante nocet legato; error autem in nomine differentiam accidentalem significante non nocet, *l.* 4. *ff. de leg.* 1. vide Cujacium ad eamdem legem, ex qua hæc desumpta sunt.

§. XXX. Huic proxima est illa juris regula, falsâ demonstratione legatum non perimi. veluti si quis ita legaverit: Stichum servum meum vernam do lego. licèt enim non verna, sed emptus sit, si de servo tamen constat, vtile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit: Stichum servum, quem à Seio emi, sitque ab alio emptus vtile est legatum, si de servo constat. *Ex Mart. l. 33. & Caio l. 17. de condit. & demonstr.*

§. XXXI. Longè magis legato falsa causa non nocet: veluti quum quis ita dixerit. Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego: vel ita, Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego. Licèt enim neque negotia testatoris vmquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est: veluti hoc modo, Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego. *Ex Caio l. 17. §. quod autem de condit. & demonstr.*

§. XXXII. An servo heredis[38] rectè legamus, quæritur. & constat purè inutiliter legari, nec quidquam proficere[39], si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quòd inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutiùs testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur, vt requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

*38 AN SERVO HEREDIS] Servo heredis inutiliter legatur; quia cùm servus quicquid acquirit acquirat domino, non sibi, *l. placet* 79. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* sequeretur heredi ipsi à semetipso legari posse, heredem sibi ipsi debere, secum experiri posse, actoris & rei simul, & semel partes sustinere, quod fieri nullatenus potest, *l. heres*, §. *quod si stipulator*, *ff. de fidejussorib.* Aliud tamen est in datione libertatis; potest enim servus heres institutus cum libertate, à seipso libertatem accipere, *l.* 6. §. *fin. ff. de heredib. instit.* quia aliud est legare, aliud libertatem donare.

*39 NEC QVIDQVAM PROFICERE] Iustinianus hîc tacitè occurrit objectioni quorumdam, qui causarentur facilè tolli posse impedimentum, servo manumisso, aut alienato ante mortem testatoris, vel ante aditam ejus hereditatem. Respondet enim, ex regula Catoniana non convalescere legatum, quod ab initio inutile fuit, *l.* 1. *ff. de regula Caton.*

§. XXXIII. Ex diverso herede instituto servo, quin domino rectè etiam sine condirione legetur, non dubitarur. Nam & si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit, dies legati cedere intellegirur: quum hereditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius heres effici, si priùs, quàm jussu domini adeat, in alrerius potestatem translarus sit: vel manumissus ipse heres efficitur, quibus casibus vtile est legatum. Quòd si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

§. XXXIV. Ante heredis institutionem [40] inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas anre heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturæ sequi, quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntarem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, vt liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institurìones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus vsus favorabilior est.

* 40 ANTE HEREDIS INSTITVTIONEM] Olim ante heredis institutionem legari non poterat, vt testatur Vlpianus *in Fragm. hoc tit.* quia legata vim ex institutione heredum accipiunt, vt hîc ait Iustinianus. Inter medras autem institutiones legari poterat, vt docet Paulus *lib. 3. Sent. eod. tit.* Hodie autem ex constitutione Iustiniani quæ habetur in *l. ambiguitates, Cod. de testam.* & ante institutiones, & inter institutiones rectè, & vtiliter legatur.

§. XXXV. Post mortem quoque heredis [41] aut legatarii simili modo inutiliter legabarur: veluti si quis ita dicat, Quum heres meus mortuus erit do lego. Item, Pridie quàm heres aut legararius morietur. Sed simili modo & hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne vel hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.

41 POST MORTEM QVOQVE HEREDIS] Ne, inquit Vlp. *hoc tit.* ab heredis herede legari videatur, quod juris ratio non patitur. Sed quæ est hæc juris ratio? est verus regula juris, quam Iustin. abrogavit *tit. Cod. vt actiones ab heredibus & contra heredes incipiant*, de qua Theoph. hoc loco & D. Cujac. *ad d. titulum.*

* 41 POST MORTEM QVOQVE] Cur post mortem heredis, aut legatarii legari non possit, hanc rationem reddit Vlpianus *in Fragm. hoc tit.* quia ab herede heredis legatum relictum videretur, quod ratio juris civilis non patitur; id est regula juris antiqui, quæ volebat obligationem quæ non cœpisset à defuncto, vel contra defunctum; ab herede, vel contra heredem incipere non posse, *l. fin. Cod. Th. de divers. rescriptis*; & consequenter legatum post mortem heredis, vel legatarii relinqui non posse. nam hoc casu, cùm certum sit eum qui legat obligare eum à quo legat, dum eum onerat præstatione legati; ab herede heredis, vel legatarii obligatio incipere non potest, quæ tamen ab herede, & legatario rectè cœpta fuisset.

Nec obstat quòd post mortem heredis, & legatarii, id est ab herede heredis, & legatarii, fideicommissum relinqui possit, *l. si fuerit* 5. §. *fin. ff. de leg.* 3. & apud Vlpianum in *Fragm. tit. de fideicommiss.* nam fideicommissa non tam obligatione aliquâ juris, quàm pudore eorum qui sunt rogati continentur, §. 1. *infrà, de fideicomm. heredit.* In legatis autem secùs; obligatione enim civili continentur, & peti possunt actione ex testamento. Et in fideicommissis adeò verum est ea ab herede heredis, & legatarii relinqui posse, vt nihil intersit vtrum testator dixerit *cùm morietur heres*, vel, *cùm mortuus fuerit*; cùm tamen veteres Iurisconsulti in legatis, & stipulationibus hanc subtilem differentiam admitterent; vt illo casu, nimirum *cùm morietur*, legata, & stipulationes valeant; quia momentum moriendi à morte distinguitur, & tempus illud quod est in confinio vitæ & mortis, magis vitæ, quàm morti imputatur, *l. quodcumque* 45. §. 1. *ff. de verb. oblig.* §. *ita autem, infrà, de inutilib. stipulat.* Isto autem modo *cùm mortuus erit*, non valeant. Et hæc ita quidem jure antiquo obtinuerunt: jure autem novissimo, id est duabus constitutionibus Iustiniani, quarum vna in *l. vn. Cod. vt act. ab heredib. & in hered. incip.* altera in *l. scrupulosam, Cod. de con*[illegible]*b. & commit. stipul.* correcta sunt omnia; vt etiam legata relicta post mortem heredis, vel legatarii; & stipulatio concepta post mortem stipulatoris, vel promissoris, non minùs valeant, quàm valebant olim fideicommissa quibuscumque [illegible] relicta, id est cùm morietur heres, vel cùm mortuus fuerit; & stipulatio [illegible]t concepta ante mortem stipulatoris, vel promissoris.

[illegible] XXXVI. Pœnæ quoque nomine [42] inutiliter legabatur, & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi heredis causâ relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit, Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit; vel ex diverso, Si non collocaverit, dato decem aureos Seio: aut si ita scripserit, Heres meus si servum Stichum alienaverit; vel ex diverso, si non alienaverit, Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, vt quampluribus Principalibus constitutionibus significetur, nec Principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates, in ordinandis testamentis valde observabantur. quinetiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. eo ampliùs nec heredem pœnæ nomine adici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat, Titius heres esto: si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto. Nihil enim intererat, quâ ratione Titius coërceretur, vtrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea quæ relinquuntur, licèt pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare à ceteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo, exceptis videlicet iis quæ impossibilia sunt [43], vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

mortuo Titio testatore, an nudam proprietatem, id est sine vsufructu, vel plenam & cum vsufructu petere possim? Et ait Iustinianus plenam me proprietatem petere posse, id est fundum ipsum, quem qui petit, & vsumfructum quoque petere intelligitur, *l. si Titio, l. alii, ff. de vsu & vsufr. leg.* Dubitandi rationem faciebat, quòd vsumfructum petens plus petere videar quàm mihi debeatur; neque heres enim mihi vsumfructum debet, quem jam habeo ex causa lucrativa, nimirum ex consolidatione; alioquin daretur concursus duarum causarum lucrativarum in eamdem rem, & eumdem hominem. Iulianus tamen, cujus sententiam laudat & sequitur Iustinianus, rectè legatarium agere dicebat, neque plus petere ab herede fundum petendo, hac subjectâ ratione; quia vsusfructus in petitione, id est in instituenda actione, serviturís, non partis locum obtinet; id est habetur pro servitute quæ fundo accedere videtur, non pro parte fundi. Quia, inquam, in petitione fundi vsumfructum consideramus tamquam servitutem, tamquam jus, tamquam rem incorporalem; non tamquam corpus, aut partem rei corporalis. Rectè igitur in hoc casu ex testamento fundum petere possum, nam vsusfructus servitutem peto, quam ipse non habeo. Verùm quia vsusfructus licèt in jure consistat, tamen emolumentum rei continet, vt eleganter ait Papinianus, in *l. Mævius, §. fundo legato, ff. de leg. 2.* officio judicis continetur, vt in condemnatione jubeat æstimationem proprietatis tantùm præstari, non etiam æstimationem vsusfructus.

§. X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest, & licèt alienaverit eam [12], non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

Ex l. proprias C. hoc tit.
Ex Paulo l. 41. §. 1. de leg. 1.

[12] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Non probat ergo Iustin. contrariam sententiam Celsi, quæ extat in *l. 1. §. vlt. ff. de regul. Catoniana.* Verius enim est, quod ex plurium sententia Vlp. ait in *l. cetera, §. 2. ff. de leg. 1.* nec ideo dicendum est contrarium relictum esse in jure à Triboniano; quia satis apparet ex diversis sententiis hanc obtinuisse.

*[12] ET LICET ALIENAVERIT EAM] Propter regulam Catonis, quæ voluit legatum quod ab initio non valuit, ex postfacto convalescere non posse, *l. cetera 41. §. tractari, ff. de leg. 1.* Cui tamen regulæ adversatur Celsus in *§. fin. l. 1. ff. de regula Caton.* vbi, si fundus meus mihi legatus sit, & eum vivo testatore alienavero, legatum deberi putat. Respondet Iohannes Glossographus, & post eum Duarenus ad *d. leg.* & post eum nonnulli alii; voluisse Celsum cùm quis rem meam mihi legat, eam legare sub tacita conditione, cùm mea esse desierit: proindéque legatum vtile esse; quia regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet, *d. l. cetera, ff. de leg. 2.* & *l. placet, ff. de regula Caton.* haud secùs quàm vtilis est emptio rei meæ sub ea conditione, cùm mea esse desierit, *l. existimo, ff. de contrah. empt.* Atque ita conjiciebant voluisse Celsum eamdem esse rationem tacitæ, & expressæ conditionis; quod reliqui auctores negabant omnino, admittentes quidem legatum & emptionem rei suæ sub expressâ valere, sub tacitâ nequaquam. Quare verius est quod Cujacius ait *notis priorib. ad hunc locum*, Celsum dissentire à ceteris auctoribus juris hac in re, vt in aliis sæpe solet; & Iustinianum hanc plurium sententiam vt æquiorem sequutum fuisse, quò via fraudibus præcludatur. Si enim legatum rei suæ purè relictum convalesceret alienatione rei subsequutâ vivo testatore, in potestate foret legatarii validum reddere legatum, quod ipso jure nullum est.

§. XI. Si quis rem suam quasi alienam [13] legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed & si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

* [13] SI QVIS REM SVAM QVASI ALIENAM] Qui rem suam quasi alienam legat, eo animo intelligitur fuisse, vt si suam scivisset multo magis legasset: quare voluntati testatoris repugnaret, si diceremus talem errorem impedire effectum rei, quæ bene & secundùm testatoris voluntatem cecidisset. Ideóque in hac specie locum habet hæc regula, quæ plus valere vult quod in veritate est, quàm quod in opinione. Quæ tamen regula ita vera est, si error facti intervenerit, vt hîc, non si error juris; hoc enim posteriori casu prævalet opinio veritati, *l. is qui putat 15. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

§. XII. Si rem suam legaverit testator, posteáque eam alienaverit, Celsus existimat si non adimendi animo [14] vendidit, nihilominus deberi. idémque divi Severus & Antoninus rescripserunt. iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri [15]: & ideo legatarium cum herede agere posse, vt prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata, omnimodo debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

[14] NON ADIMENDI ANIMO] Colligitur autem hic animus ex his quæ vulgò notantur in *l. rem legatam, ff. de adimendis legatis*, cum similibus ab Accursio notatis, *vide l. cùm status*, §. *si maritus, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

* [14] SI NON ADIMENDI ANIMO] Non adimendi animum testator habuisse videtur, qui necessitate rei familiaris vrgente alienavit, *l. fideicommissa*, §. *si rem suam, ff. de leg. 3.* Adimendi autem, qui vltro, & sponte, & sine necessitate alienavit. Et ex sunt conjecturæ juris vulgò receptæ, quas tamen hoc loco ideo prætermisit Iustinianus; quia non tollunt libertatem contrariæ voluntatis probandæ. Et eapropter si fuerit spontanea alienatio, ad legatarium pertinebit probare eamdem nihilominus fuisse testatoris voluntatem. Sin autem necessaria & coacta, heredis erit probare mutatam fuisse voluntatem, *d. l. fideicommissa*, §. *si rem suam, ff. de leg. 3.* quòd si tantùm pignoraverit rem legatam testator, minùs videtur mutasse voluntatem, neque adimere voluisse, *l. 3. Cod. de legat.* Sin autem rem legatam alii donaverit, omnimodo legatum extinguitur, neque locus est hoc loco distinctioni allaræ suprà; quia distinctio illa in donantis munificentiam non cadit, cùm nemo in necessitatibus liberalis existat, *l. rem legatam, ff. de adim. legat.*

[15] ADEMISSE LEGATVM NON VIDERI] Paulus *lib. 3. Sent. hoc tit.* Ex eo mutasse voluntatem non videtur, si postea pignori vel fiduciæ rem legatam testator dederit: vtimur ergo hoc casu superiore distinctione.

§. XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum vtile est [16]: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio qui heredis loco est. sed & potest à debitore conveniri, vt liberet eum. potest autem quis vel ad tempus jubere ne heres petat. *Ex Pompon. l. 8. §. 1. de liberat. leg.*

ejus concessa fuerat, ad eas conquirendas & colligendas, tenebantúrque tantùm eam solvere annuâ, bimâ, trimâ die. Hodie autem, id est constitutione Iustiniani, exactio dotis, quæ in re mobili constituta est, debet intra annum celebrari, *l. vnica*, §. *exactio*, *Cod. de rei vxor. act.* Et consequenter etiam post constitutionem Iustiniani, plenius est legatum dotis rei mobilis, quàm de dote actio; legatum enim statim peti potest: vnde legatum dotis *prælegatum* dicitur, quia veluti ad manum præsens dos datur; & *relegatum*, quia vxori quodammodo res sua legatur, & redditur potiùs quàm datur, *l. cùm pater*, §. *fidei*, *d. leg.* 2. non valet tamen legatum dotis rei immobilis; quia dos hæc etiam non legata statim reddi debet, *d.* §. *exactio.*

* 22 SED SI QVAM NON ACCEPIT] Qui dotem non accepit, & tamen legat; vel simpliciter legat hoc modo, *lego vxori dotem suam*, & legatum inutile est *l.* 3. *& fin. Cod. de falsa causa adject.* vel legat adjectâ certâ quantitate hoc modo, *vxori lego centum quæ dotis nomine accepi*, & vtile est legatum licèt non acceperit, *l.* 6. *cùm scriptum*, *ff. de dote præleg.* Et ratio differentiæ est, quia in priori casu nihil certi legatum est, sed tantùm quod dotis nomine acceptum est; at nihil acceptum est, ergo nihil legatum. Posteriori casu certa summa vxori legata est, quæ licèt in dotem data non fuerit, debetur tamen si non vt res legata, certè vt res alia, *d. l.* 3. Idem juris est si maritus hoc modo legaverit, Centum quæ in instrumento dotali conscripta sunt do lego: licèt enim in eo instrumento non sit expressa certa quantitas, imò nec instrumentum dotale fuerit factum, præstanda est tamen quantitas vxori, *l.* 6. *Cod. de fals. caus. adject.* Nec obstat quòd falsa demonstratio sit; nam falsa demonstratio non vitiat legatum certæ quantitatis, certíve corporis, quia abundat, *l.* 1. §. *si quis vxori*, *ff. de dote præleg.* Quod autem abundat non solet vitiare scripturam, *l. testamentum* 17. *Cod. de testament. & passim in jure.*

§. XVI. Si res legata[23] sine facto heredis[24] perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si verò heredis servus legatus fuerit, & ipse eum manumiserit: teneri eum[25] Iulianus scripsit. nec interesse vtrum scierit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, cum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit à se eum legatum esse. *Ex Pompon. l.* 26. §. 1. *de leg.* 1. *Ex Mart. l.* 112. §. 1. *leg.* 1

* 23 SI RES LEGATA] Nomine rei hîc intellige certum corpus, aut certam speciem; non autem quantitatem, aut eorum aliquid quæ pondere, numero, aut mensurâ constant. Hæc enim cùm in genere suo functionem recipiant, *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* perire non possunt, vt nec ipsum genus perire potest, *l. incendium, Cod. si certum petat.*

* 24 SINE FACTO HEREDIS] Id est sine vlla mora, dolo, aut culpa heredis, *l. cùm res* 47. §. *pen. ff. de leg.* 1. *l. mulier* 22. §. *sed enim*, *ff. ad senatusconsultum Trebell.* Quamquam tamen cùm sine dolo & culpa, sed solâ morâ heredis res legata perit, puta, si servus legatus facto suo mortuus est; æquius visum ita distinguendum cum Sabinianis. Vel res æquè peritura erat apud legatarium ac penes heredem; & hoc casu heres æstimationem præstare non tenetur: vel non erat peritura, quia eam statim venditurus erat legatarius, & ita periculum translaturus ad alium; & hoc casu heres tenetur præstare æstimationem, *l. item si verberatum*, §. *fin. ff. de rei vindic.*

§. XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quòd si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem servus adquisierit: Iulianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere: quia hujus legati dies ab adita hereditate cedit. sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum[29] fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur[30]. & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, vt petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, quum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.

Ex l. 8. §. vtrum de pecul. leg.

* 29 PECVLIVM AVTEM NISI LEGATVM] Servo manumisso testamento peculium non debetur, nisi nominatim legatum sit: manumisso autem inter vivos tacitè debetur, nisi nominatim ademptum sit, *l. si Sticho, ff. de peculio, l. vnic. Cod. de pecul. ejus qui libert. mer.* Ratio diversitatis hæc redditur; quia qui manumittit inter vivos, peculium neque alii dat, neque sibi retinet, nisi nominatim adimat: qui autem manumittit testamento, nec nominatim manumisso peculium legat, peculium cum vniverso jure heredi suo dedisse videtur. Vnde mirum est quod ait Paulus *Sent. lib. 3. tit. 7. versic. fundo vel servo legato*, servo simpliciter legato, peculium ejus ad legatarium pertinere; cùm nullo juris loco id proditum sit, nisi cùm vicarius ordinario legatus est, *l. 6. §. vicario, ff. de pecul. leg.*

30 SVFFICIT SI NON ADIMATVR] Ratio differentiæ hæc est, quia inter vivos peculium neque alii dat, neque sibi retinet; testamento verò, cum vniverso jure heredi dedisse videtur, quod D. Cujac. docuit in *tit. C. de peculio ejus qui libertatem meruit.*

§. XXI. Tam autem corporales res legari possunt, quàm incorporales. & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, vt actiones suas heres legatario præstet: nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet, damnas esto heres domum illius reficere. vel, illum ære alieno liberare.

Ex Vlp. l. cetera 41. de leg. 1.

§. XXII. Si generaliter servus[31] vel res alia legetur, electio legatarii est[32], nisi aliud testator dixerit.

* 31 SI GENERALITER SERVVS] Quicquid dicitur de pluribus, apud Iurisconsultos genus est, vt homo, equus, vinum, frumentum. Et hinc generaliter legare apud illos, est incertum quid indistinctè, & indefinitè legare, *l. heredes 25. §. si incerto, ff. fam. ercisc. l. cùm incertus, l. legato 37. ff. de leg. 1.* Non tamen cujuslibet rei incertæ legatum est vtile, sed ejus dumtaxat cujus demonstratio certa esse po-

test. Et ideo si quis fundum generaliter legaverit, legatum inutile est, *l. cum post 69. §. gener, ff. de jure dot.* quia fundus demonstrari non potest; cùm quælibet pars fundi, vel etiam vnica gleba fundus sit, *l. locus 60. ff. de verb. sign.* At homine generaliter legato, valet legatum, quia hominis certa demonstratio est; cùm legatarius certum hominem eligere possit, quem sibi dari postulabit, licèt incertus homo legatus sit.

[32] ELECTIO LEGATARII EST] Olim legato relicto per vindicationem, legatarii erat electio; per damnationem, heredis, vt Vlp. docet *lib. Reg. hoc tit.* Cujus verba feliciter emendavit Cujac. *lib.* 17. *Obs. cap.* 28. Hodie quibuscumque verbis legatum relictum sit, perinde est ac si relictum esset per vindicationem; quia hodie cuique legatario potestas est quâ actione vti velit: hac enim ratione vtitur Africanus, vt constituat legatarii esse electionem in *l. si servus, §. cùm homo, ff. de leg.* 1. Sed subjicit Iustin. hanc exceptionem, *nisi aliud testator dixerit*, id est nisi nominatim hoc expresserit, se velle electionem esse heredis: quo casu quamvis relictum sit legatum per vindicationem, perinde erit ac si relictum esset per damnationem; vt olim re alienâ legatâ per vindicationem ex senatusc. Neroniano, perinde erat ac si legata fuisset per damnationem, Vlp. auctore *in Fragm. hoc tit.* Et contrà si testator fortè vtatur verbis, quibus relinquitur legatum per damnationem, quo casu olim constabat electionem esse heredis: hodie electio non erit heredis, nisi nominatim hoc adjectum sit; quia & hodie is cui legatum est per damnationem rem vindicare potest, & actionem eligere; propter confusionem legatorum quam Iustin. fecit, ad quam revocandæ sunt omnes Pandectarum leges, quæ invicem pugnare videntur. Et quibus locis dicitur electionem esse heredis, ex mente Iustiniani supplendum est, id fuisse nominatim expressum à testatore. Sublatis enim formulis, vel sublatâ potiùs vi & potestate formularum, ex qua varietatem voluntatis prudentes collegerunt, necessariò danda fuit nova regula; vt suprà in legato conjunctim relicto vindicavi.

*.[32] ELECTIO LEGATARII EST] Hoc ita olim procedebat, si per vindicationem legabatur; nam si per damnationem, electio erat heredis, vt ait Vlp. *in Fragm. hoc tit.* cujus differentiæ ratio hæc erat; quia in legato per vindicationem potestas erat legatario, vtpote domino rei legatæ, quâ actione agere vellet, *l. si servus* 108. *§. cùm homo, ff. de leg.* 1. In legato autem per damnationem, potestas erat heredi vtram rem dare vellet legatario, *l. qui concubinam* 29. *§.* 1. *ff. de leg.* 3. Hodie autem sublatâ differentiâ legatorum per vindicationem, & per damnationem; quibuscumque verbis legatum relictum est, perinde est ac si relictum esset per vindicationem; quia hodie cuicumque legatario potestas est quâ actione agere velit, reali, personali, vel hypothecaria, *l.* 1. *Cod. communia de leg.* & consequenter cujuscumque legatarii, in quocumque genere legati hodie electio est, non heredis.

§. XXIII. Optionis legatum [33], id est, vbi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem [34], & ideo nisi ipse legatarius vivus optaverit, ad heredem legatum non transmittebat. sed ex constitutione nostra, & hoc ad meliorem statum reformatum est: & data est licentia heredi legatarii optare servum, licèt vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, vt sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive vnius legatarii plures heredes, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere

eligere cupiente: ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & forte hoc esse dirimendum[35], vt ad quem sors veniat, illius sententia in optione præcellat.

*[33] OPTIONIS LEGATVM] Optionis legatum est, cùm testator ex multis rebus ejusdem generis vult vnam, vel plures à legatario optari. Solebat autem relinqui hoc legatum per vindicationem, hac formula, *hominem optato*, apud Vlp. *tit. de legat.* §. *optionis.* Et fiebat & peragebatur optio solemniter, nimirum præsente herede, res vniversas ejusdem generis quæ in hereditate inveniebantur exhibente, sine die, sine dilatione, sine conditione; nec ampliùs quàm semel peragi poterat, *l.* 5. *ff. de leg.* 1. quoniam res continuò legatarii fiebat, cùm dixerat se eam sumere, *l. apud Aufidium, ff. de optione leg.* & quia optio actus erat legitimus, qui non recipiebat diem, neque conditionem, nec iterari poterat, *l. actus legitimi, ff. de Reg. jur.* nisi fortè res omnes ejusdem generis exhibitæ non fuissent, ex quibus optio fieri debebat; hoc enim casu, de rebus omnibus postea exhibitis iterum optare poterat legatarius, *l.* 4. *ff. de opt. legata.*

*[34] HABET IN SE CONDITIONEM] Hanc scilicet, si legatarius vivus optasset; si enim antequam optasset moreretur legatarius, neque dies legati cedebat, neque ad heredem transmittebatur. Nec obstat *l. illud aut illud, ff. de opt. leg.* dum vult legatario antequam elegisset mortuo, legatum ad heredem suum transmitti; loquitur enim lex illa non de optione, sed de electione legata, quæ duo plurimùm olim inter se distincta erant. Imprimis enim optio semper expressim dabatur; electio autem aliquando tacitè, vt in legato generaliter relicto; aliquando expressim illud, aut illud, vtrum elegerit legatarius, *d. l. illud aut illud.* Deinde optio erat actus legitimus, qui fiebat herede præsente, vniversas res ejusdem generis quæ erant in hereditate exhibente; electio non erat actus legitimus, fieríque poterat etiam absente herede. Denique legatum optionis erat conditionale; legatum electionis purum. quæ differentiæ postea sublatæ sunt à Iustiniano, in *l. fin. Cod. comm. de legat.* cùm voluit abrogato jure veteri, optionis legatum non habendum esse ampliùs pro conditionali, sed pro puro; mortuóque legatario antequam optaverit, legatum nihilominus transmitti ad heredem.

*[35] SORTE HOC ESSE DIRIMENDVM] Non est novum in jure sortis, hoc est fortunæ judicium; nam & coheredes inter se sortiri possunt apud quem maneant cautiones hereditariæ, *l.* 5. *ff. fam. ercisc.* & sorte quoque hereditatem dividere possunt, *l.* 2. *quando, & quib. quarta pars deb. ex bon. decur. lib. Cod.* 10. & in judiciis finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, quibus confines, heredes, & socii, inter se disceptant; si quæratur litis ordinandæ gratiâ vter actor sit, vter reus, res sorte discernitur & definitur, *l. sed cùm ambo, ff. de judic.* At fortè dixerit aliquis cum Accursio rem frustra hîc sortis, & fortunæ judicio committi; cùm Prætor jurisdictione suâ possit eos qui inter se dissentiunt compellere, *l. hujusmodi in fine, ff. de leg.* 1. sed Prætor ipse mavult sæpe rem sorti permittere, quàm partes suas interponere; ne aliquam ambitionis, vel gratiæ suspicionem subeat, *l. generaliter,* §. *quid ergo, ff. de fideicommiss. libertatib.*

§. XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

§. XXV. Incertis verò personis, neque legata, neque fideicommissa

olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, vt divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat: veluti si quis ita dicat, Quicumque filio filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati erunt, æquè incertæ personæ legari videbatur. & denique multæ aliæ ejusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis, incertæ personæ rectè legabatur: veluti, ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam vxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

§. XXVI. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Ideóque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo.

§. XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta: quum in nostro Codice constitutio posita est, per quam & huic parti medemur, non solùm in hereditatibus, sed etiam in legatis, & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

§. XXVIII. Postumus autem alienus heres institui & antea poterat [36], & nunc potest, nisi in vtero ejus sit, quæ jure nostro vxor esse non potest.

*[36] INSTITVI ET ANTEA POTERAT] Iure scilicet Prætorio, non civili; Prætor enim instituto postumo alieno dat bonorum possessionem secundùm tabulas, §. 1. *infrà, de bon. poss. l. postumus, ff. de inoffic. testam.* quo sensu accipiendum est quod habetur in §. *postumo quoque suprà, in hoc tit.* postumo alieno legari non posse, jure scilicet civili, quamvis jure Prætorio possit. Et nunc potest jure etiam civili novissimo, id est constitutione Iustin. Græcâ *de incertis personis*; quæ licèt non extet in Codice Iustiniani, ejus tamen meminit Iustinianus in §. 1. *suprà, de bonor. poss.* Dices: imò & jure antiquo postumus alienus institui poterat? *l.* 5. §. *fin.* cum *l. seq. ff. de rebus dubiis*, vbi dicitur postumo suo, vel alieno hereditatem relinqui posse. Sed probabile est Tribonianum respicientem ad supradictam Iustin. constitutionem, addidisse hæc verba *vel alieno*, in *d.* §. *fin. l.* 5. *de reb. dubiis.*

§. XXIX. Si quis in nomine [37], cognomine, prænomine legatarii erraverit: si de persona constat, nihilominus valet legatum. Idémque in heredibus servatur, & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt: qui si alio quolibet modo intellegantur, nihil interest.

*17 SI QVIS IN NOMINE] Nominum duo sunt genera; quædam substantiam rei significant, vt homo, vestis, fundus; quædam differentiam accidentalem, vt Titius, Cornelianus. Quæ substantiam significant sunt publica, & communia; quæ differentiam accidentalem sunt privata. Vt homo significet substantiam hominis, id publicè receptum est; vt hic homo appelletur Titius, & hic fundus Cornelianus, privatum est, & arbitrii cujuscumque. Quare error in nomine rei substantiam significante nocet legato; error autem in nomine differentiam accidentalem significante non nocet, *l.* 4. *ff. de leg.* 1. vide Cujacium ad eamdem legem, ex qua hæc desumpta sunt.

§. XXX. Huic proxima est illa juris regula, falsâ demonstratione legatum non perimi. veluti si quis ita legaverit: Stichum servum meum vernam do lego. licèt enim non verna, sed emptus sit, si de servo tamen constat, vtile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit: Stichum servum, quem à Seio emi, sitque ab alio emptus vtile est legatum, si de servo constat. *Ex Mart. l. 33. & Caio l. 17. de condit. & demonstr.*

§. XXXI. Longè magis legato falsa causa non nocet: veluti quum quis ita dixerit. Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego: vel ita, Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego. Licèt enim neque negotia testatoris vmquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est: veluti hoc modo, Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego. *Ex Caio l. 17. §. quod autem de condit. & demonstr.*

§. XXXII. An servo heredis[18] rectè legamus, quæritur. & constat purè inutiliter legari, nec quidquam proficere[19], si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quòd inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutiùs testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur, vt requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

*18 AN SERVO HEREDIS] Servo heredis inutiliter legatur; quia cùm servus quicquid acquirit acquirat domino, non sibi, *l. placet* 79. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* sequeretur heredi ipsi à semetipso legari posse, heredem sibi ipsi debere, secum experiri posse, actoris & rei simul, & semel partes sustinere, quod fieri nullatenus potest, *l. heres*, §. *quod si stipulator*, *ff. de fidejussorib.* Aliud tamen est in datione libertatis; potest enim servus heres institutus cum libertate, à seipso libertatem accipere, *l.* 6. §. *fin. ff. de heredib. instit.* quia aliud est legare, aliud libertatem donare.

*19 NEC QVIDQVAM PROFICERE] Iustinianus hîc tacitè occurrit objectioni quorumdam, qui causarentur facilè tolli posse impedimentum, servo manumisso, aut alienato ante mortem testatoris, vel ante aditam ejus hereditatem. Respondet enim, ex regula Catoniana non convalescere legatum, quod ab initio inutile fuit, *l.* 1. *ff. de regula Caton.*

§. XXXIII. Ex diverso herede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam & si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit, dies legati cedere intellegitur: quum hereditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius heres effici, si priùs, quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse heres efficitur, quibus casibus vtile est legatum. Quòd si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

§. XXXIV. Ante heredis institutionem [40] inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturæ sequi, quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, vt liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus vsus favorabilior est.

* 40 ANTE HEREDIS INSTITVTIONEM] Olim ante heredis institutionem legari non poterat, vt testatur Vlpianus *in Fragm. hoc tit.* quia legata vim ex institutione heredum accipiunt, vt hîc ait Iustinianus. Inter medias autem institutiones legati poterat, vt docet Paulus *lib. 3. Sent. eod. tit.* Hodie autem ex constitutione Iustiniani quæ habetur in *l. ambiguitates, Cod. de testam.* & ante institutiones, & inter institutiones rectè, & vtiliter legatur.

§. XXXV. Post mortem quoque heredis [41] aut legatarii simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat, Quum heres meus mortuus erit do lego. Item, Pridie quàm heres aut legatarius morietur. Sed simili modo & hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne vel hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.

41 POST MORTEM QVOQVE HEREDIS] Ne, inquit Vlp. *hoc tit.* ab heredis herede legari videatur, quod juris ratio non patitur. Sed quæ est hæc juris ratio? est vetus regula juris, quam Iustin. abrogavit *tit. Cod. vt actiones ab heredibus & contra heredes incipiant*, de qua Theoph. hoc loco & D. Cujac. *ad d. titulum.*

* 41 POST MORTEM QVOQVE] Cur post mortem heredis, aut legatarii legari non possit, hanc rationem reddit Vlpianus *in Fragm. hoc tit.* quia ab herede heredis legatum relictum videretur, quod ratio juris civilis non patitur; id est regula juris antiqui, quæ volebat obligationem quæ non cœpisset à defuncto, vel contra defunctum; ab herede, vel contra heredem incipere non posse, *l. fin. Cod. Th. de diversf. rescriptis*; & consequenter legatum post mortem heredis, vel legatarii relinqui non posse. nam hoc casu, cùm certum sit eum qui legat obligare eum à quo legat, dum eum onerat præstatione legati; ab herede heredis, vel legatarii obligatio incipere non potest, quæ tamen ab herede, & legatario rectè cœpta fuisset.

Nec obstat quòd post mortem heredis, & legatarii, id est ab herede heredis, & legatarii, fideicommissum relinqui possit, *l. si fuerit* 5. §. *fin. ff. de leg.* 3. & apud Vlpianum in *Fragm. tit. de fideicommiss.* nam fideicommissa non tam obligatione aliquâ juris, quàm pudore eorum qui sunt rogati continentur, §. 1. *infrà, de fideicomm. heredit.* In legatis autem secùs; obligatione enim civili continentur, & peti possunt actione ex testamento. Et in fideicommissis adeò verum est ea ab herede heredis, & legatarii relinqui posse, vt nihil intersit vtrum testator dixerit *cùm morietur heres*, vel, *cùm mortuus fuerit*: cùm tamen veteres Iurisconsulti in legatis, & stipulationibus hanc subtilem differentiam admitterent; vt illo casu, nimirum *cùm morietur*, legata, & stipulationes valeant; quia momentum moriendi à morte distinguitur, & tempus illud quod est in confinio vitæ & mortis, magis vitæ, quàm morti imputatur, *l. quodcumque* 45. §. 1. *ff. de verb. oblig.* §. *ita autem, infrà, de inutilib. stipulat.* Isto autem modo *cùm mortuus erit*, non valeant. Et hæc ita quidem jure antiquo obtinuerunt: jure autem novissimo, id est duabus constitutionibus Iustiniani, quarum vna in *l. vn. Cod. vt act. ab heredib. & in hered. incip.* altera in *l. scrupulosam, Cod. de contrah. & committ. stipul.* correcta sunt omnia; vt etiam legata relicta post mortem heredis, vel legatarii; & stipulatio concepta post mortem stipulatoris, vel promissoris, non minùs valeant, quàm valebant olim fideicommissa quibuscumque verbis relicta, id est cùm morietur heres, vel cùm mortuus fuerit; & stipulatio valebat concepta ante mortem stipulatoris, vel promissoris.

§. XXXVI. Pœnæ quoque nomine [42] inutiliter legabatur, & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi heredis causâ relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit, Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit; vel ex diverso, Si non collocaverit, dato decem aureos Seio: aut si ita scripserit, Heres meus si servum Stichum alienaverit; vel ex diverso, si non alienaverit, Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, vt quampluribus Principalibus constitutionibus significetur, nec Principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates, in ordinandis testamentis valde observabantur. quinetiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. eo ampliùs nec heredem pœnæ nomine adici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat, Titius heres esto: si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto. Nihil enim intererat, quâ ratione Titius coërceretur, vtrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea quæ relinquuntur, licèt pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare à ceteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo, exceptis videlicet iis quæ impossibilia sunt [43], vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

* 41 POENÆ QVOQVE NOMINE] Ratio veteris hujus sententiæ hæc fuit; quia legata non alterius coërcendi, sed honoris ergo, & vt amicis relinquerentur, inventa sunt, & ab amore & benevolentia proficisci dicuntur, in *l. adjecit, ff. pro socio.* Sed tandem vt duæ superiores veterum sententiæ, ita hæc à Iustiniano sublata est, *l. vn. Cod. de his quæ pœna nomine testam. relinq.* quâ lege valent omnia quæ pœnæ nomine testamento relinquuntur, nisi, id quod etiam excepit Iustinianus hoc loco, si quid jusserit testator fieri impossibile, probrosum, aut illicitum, veluti, *Si mare non ebiberis Titio centum do; si sororem vxorem non duxeris; si pupillam filio tuo nuptui non collocaveris, l. 1. ff. de iis quæ pœna causa.* Sed dices: conditio impossibilis habetur pro non scripta, §. *impossibilis, suprà, de heredib. instit.* Ergo legatum, quod pœnæ nomine sub conditione impossibili relictum est, vtile est detractâ conditione impossibili. Respondeo distinguendum: aut enim impossibilitas imposita est heredi hoc modo, *Heres meus si digito cælum tetigeris, vel non tetigeris, Titio centum dato*; aut imposita est legatario hoc modo, *Titio centum do lego, si cælum digito tetigerit.* Priori casu vitiatur legatum; quia est iniquum heredem puniri si non faciat id, quod est impossibile eum facere; ideóque legatum penes eum remanet. posteriori non vitiatur legatum, sed perinde est ac si impossibilis conditio adjecta non fuisset. Verba autem hæc (*exceptis videlicet iis*) interpretanda sunt de impossibilitate imposita heredi, non legatario.

42 EXCEPTIS VIDELICET IIS QVÆ IMPOSSIBILIA SVNT] Valde obscura est in hunc locum posterior nota Cujacii, quam scio multis facessere negotium: res erit facilis si ita dicamus. Nullum esse legatum si heredi impossibilitas imponatur, vt in hoc exemplo, *Heres meus si cælum digito tetigerit, vel non tetigerit, Titio decem dato*, hoc casu non valet legatum pœnæ causâ relictum Titio, & penes heredem manet cui impossibilitas imposita est. Si verò legatario impossibilitas imponatur, *Titio centum solidos do lego si cælum ascenderit: si non ascenderit, eos Sempronio do lego.* Valet legatum relictum Titio, cui impossibilitas est imposita. Cetera exempla vide apud Theoph. hoc loco, ad quem nos remittit præstantiss. vir in *Paratit. C. tit. de his quæ pœna causâ relinquuntur.*

De ademptione & translatione legatorum.

CAPVT XXI.

ADEMPTIO legatorum sive eodem testamento adimantur legata, sive codicillis [1], firma est. sive contrariis verbis fiat ademptio: veluti si quod ita quis legaverit, Do lego, ita adimatur, Non do, non lego: sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis [2].

REGVLA in hoc titulo proposita concipitur ab Vlp. his verbis, *lib. Reg. tit. de legatis, Legatum quod datum est adimi potest, vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis: dum tamen eodem modo adimatur, quomodo datum est.* Ex cujus cum hoc nostro titulo collatione observandum est, Vlpianum dicere adimi posse legata codicillis testamento confirmatis; Iustinianum verò dicere absolutè codicillis: vt non malè Accursius videatur scripsisse, legata hodie codicillis, qui non sunt te-

ſtamento confirmati, poſſe adimi; quamvis veteribus gloſſographis & D. Cujacio contraria ſententia placeat magis. Adimitur autem hodie legatum quibuſcumque verbis; quia & datur quibuſcumque verbis: olim contraria verba formulæ quam ſequutus fuerat teſtator obſervare neceſſarium erat; vt, dato legato per vindicationem, *do, lego, capito, ſumito,* contrariis verbis in ademptione vti debebat, *non do, non lego, non capito, non ſumito*, & ſic de ceteris. Sed & adimi poteſt legatum nudâ voluntate; non ipſo quidem jure, ſed exceptione doli mali oppoſitâ, *l.* 3. §. *vlt.* junctâ *l. ex parte, ff. de adimendis vel transfer. legatis.*

*[1] SIVE CODICILLIS] Addit Vlpianus in *Fragm. hoc tit. teſtamento confirmatis*, quod & probat Cujacius *in poſterioribus notis.* Accurſius tamen negat hoc neceſſe eſſe, vúltque ſive codicillis reſtamento confirmatis, ſive non confirmatis, legata relicta adimi poſſe.

*[2] QVIBVSCVMQVE VERBIS] Imò & nudâ voluntate, *l.* 3. §. *fin. & l. ex parte, ff. de adim. & transfer. leg.* quod tamen ita accipiendum eſt, vt non jure ipſo valeat talis ademptio, ſed tantùm exceptione doli mali oppoſitâ, *d. l.* 3. § *fin.* & *l. ex parte, ff. de adim. & transfer. leg.*

§. I. Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt: veluti ſi quis ita dixerit, Hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego: ſive in eodem teſtamento, ſive in codicillis hoc fecerit. quo caſu ſimul Titio adimi videtur, & Seio dari.

De lege Falcidia.

CAPVT XXII.

SVPEREST vt de lege Falcidia diſpiciamus, quâ modus noviſſimè legatis impoſitus[1] eſt. Quum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas, vt liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe eâ lege ita cautum eſſet, Vti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto) viſum eſt hanc legandi licentiam coartare: idque ipſorum teſtatorum gratiâ proviſum eſt, ob id, quòd plerumque inteſtatò moriebantur, recuſantibus ſcriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et quum ſuper hoc tam lex Furia, quàm lex Voconia latæ ſunt, quarum neutra[2] ſufficiens ad rei conſummationem videbatur, noviſſimè lata eſt lex Falcidia[3], quâ cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum: id eſt, vt ſive vnus heres inſtitutus eſſet, ſive plures, apud eum, eóſve, pars quarta remaneret.

[1] QVA MODVS NOVISSIME LEGATIS IMPOSITVS] Modum antea impoſuerant lex Furia, & lex Voconia, de quibus Theoph. hoc loco, & alii auctores. Sed propter notiſſimas rationes ab eodem Theoph. notatas, hoc novo legis Falcidiæ remedio opus fuit: quæ primo capite à Paulo dediſſe dicitur in *l.* 1. *ff. hoc tit.* liberam legandi facultatem, quam nempe duæ priores coarctaverant, ſed intra

modum secundo capite præscriptum. Et hoc est quod Iustin. ait, *Et novissimè lata est lex Falcidia quâ cavetur, ne plus legare liceat quàm dodrantem omnium bonorum: vt quadrans illibatus penes heredem remaneat.*

Sed quærit hoc loco Accursius, an ejus quadrantis heredi competat vindicatio. Et respondet heredi dari vindicationem, etiam jure Pandectarum ex *l. lineam margaritarum, ff. hoc tit.* Quod Cujac. *lib.* 8. *Obs. cap.* 2. non antiquo jure, sed ex *l. pen. C. hoc tit.* obtinuisse putat, & ante hanc Iustiniani constitutionem heredem habuisse tantùm Falcidiæ retentionem, & huic fini datum interdictum quod legatorum; vt recipiat rem legatam heres, sibique Falcidiam servet per retentionem, *l.* 1. *C. quod legatorum.* Nec obstare *d. l. lineam*, in qua hoc speciale est in legatis quæ apud legatarium fuerunt mortis tempore; exemplo mortis causâ donationis, ex qua legatarius non tenetur interdicto quod legatorum, *l.* 1. §. *si quis, ff. quod legatorum.*

Sed, quod pace magni viri dictum sit, verior videtur Accursii sententia. Cùm enim lex Falcidia dederit heredi hunc quadrantem, quem omnimodo habere debet, cùm ex lege Falcidia hujus quadrantis heres efficiatur dominus: quare denegabimus ei vindicationem, si quodam casu possessionem rei legatæ non habeat? Interdictum enim quod legatorum non tam à Prætore datur, vt per retentionem sibi servet Falcidiam, quàm vt plectatur legatarius qui jus sibi dixit, & legatum accipere debuit ab herede, vel vltro oblatâ ei possessione rei legatæ, quam habuit tempore mortis. Ideóque, vt ostendit *d. l. lineam*, vel hoc remedio possessorio interdicti, vt loquuntur interpretes, vti potest; vel quadrantem vindicare si hoc malit. In donatione autem causâ mortis manifestâ ratione hoc interdictum locum non habet; quia non debuit ab herede donatarius rem mortis causâ donatam accipere; & potest vindicare Falcidiam heres, quæ in mortis causâ donatione, exemplo legati, ipso jure apud heredem remanet. Constitutio enim Severi traxit legem Falcidiam ad mortis causâ donationes, vt eâdem ratione detrahatur, quâ detrahitur à legatis; nec plus dare potuit heredi in mortis causâ donatione, quàm in legato.

Ceterum in casu *d. l. pen. C. hoc tit.* non dubitabatur vtrum danda esset vindicatio Falcidiæ, quam heredi competere satis constabat; sed quærebatur, vtrum in proposita specie mortis causâ capionis Falcidia locum habere posset, contra regulam juris propositam in *l.* 1. §. *item si ita legatum, & l. acceptis* 93. *ff. hoc tit.* & constituit Iustin. in mortis causâ capione hoc singulari casu, exemplo mortis causâ donationis locum esse Falcidiæ; vt vel eam per retentionem sibi servare possit heres, vel vindicare: quod in omnibus legatis olim locum habuisse, cum Accursio non dubito.

*2 QVARVM NEVTRA] Quia neutra satis heredi, & consequenter testamento & testatori cavebat: lex Furia vetabat ne quis plus mille asses legaret, nec numerum legatariorum definiebat; itaque poterat evenire, vt multiplicato numero legatariorum heredi nihil superesset. Lex autem Voconia prohibebat ne quis suorum bonorum plus cuiquam legaret, quàm ad heredem perveniret; & sic evenire poterat, salvâ hac lege Voconiâ, vt pluribus legatariis existentibus vnus tantùm aureus ad heredes perveniret. finge, qui centum tantùm aureos in bonis habet, si 99. legatariis singulos aureos legasset, hanc legem non transgrediebatur, tametsi ad heredes vnus aureus pervenisset. Neutra igitur lex vllo satis justo operæ precio heredes ad adeundas hereditates invitabat. Adde quòd legi Furiæ facilè fraus fiebat,

fiebat, eóque imperfecta erat; quia pœnam injungebat, sed factum non rescindebat, teste Vlpiano *in Fragm. tit.* 1.

*[3] NOVISSIME LATA EST LEX FALCIDIA] Cujus duo præcipua fuisse capita Paulus scribit in *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* quorum priori liberam legandi facultatem lege XII. tab. concessam, & lege Voconiâ sublatam, lex Falcidia vsque ad dodrantem restituit. Dixi lege Voconiâ, non Furiâ; quia lex Furia factum non rescindebat. Posteriore autem modum legatis imposuit, id est ita legare permisit, vt totorum bonorum quadrans illibatus penes heredem remaneret: in tantum, vt si supra dodrantem legatum sit, jus sit heredi legatorum imminuendorum ipso jure, inquit Caius in *l. in quantitate.* 73. §. *ergo optimum, ff. ad l. Falcidiam.* Et ideo verum est quod ait Accursius hôc loco, hujus quadrantis vindicationem jure antiquo, id est ante *l. penult. Cod. hoc tit.* competere heredi, si casu quodam rei legatæ possessionem non habeat, *l. lineam* 26. *ff. hoc tit.* non retentionem tantùm, quicquid in contrarium tenet Cujacius *lib.* 8. *Obs. cap.* 2. Nam cùm ex lege Falcidia hujus quadrantis heres efficiatur dominus ipso jure, *d. l. in quantitate*, deneganda ei vindicatio non est, quam regulariter competere dominis certum est. Nec obstat quòd interdictum quorum legatorum huic fini dari dicatur, vt recipiat heres rem legatam, sibíque Falcidiam servet per retentionem, *l. vn. Cod. quorum legator.* Nam hoc interdictum non tam à Prætore datur, vt per retentionem servet sibi Falcidiam heres, quàm vt plectatur legatarius qui sibi jus dixit, & legatum quod debuit accipere ab herede propriâ auctoritate occupavit. Pertinet autem lex Falcidia, non tantùm ad legata, sed etiam ad fideicommissa tam vniversa, quàm particularia testamento relicta ex senatusconsulto Pegasiano, §. *sed quia heredes, infrà, tit. seq.* vt & ab intestato relicta ex constitut. D. Pii, *l. filiusfam.* 18. *ff. hoc tit.* Item ad donationes causâ mortis ex D. Severi constitutione, *l.* 2. *Cod. de donat. causâ mortis.* Item ad donationes inter virum & vxorem, *l. cùm hic status; ff. de donat. inter vir. & vx.* Postremò ad eam mortis causâ capionem, de qua Imperator in *l. pen. Cod. hoc tit.* Porrò notandum, licèt auctoritate legis Falcidiæ quadrans hereditatis penes heredem remanere omnino debeat; non remanere tamen, neque deberi certis quibusdam casibus, vt vulgaris istis duobus. Primus, si legata ad pias causas relicta sint, *Novella Iustiniani* 131. *de Ecclesiasticis titulis cap.* 12. ex quo desumpta est authentica *similiter, Cod. hoc tit.* Secundus, si testator nominatim prohibuerit hunc quadrantem detrahi, *Novell.* 1. *cap.* 2. ex quo etiam sumpta est authentica *sed cùm testator, Cod. hoc tit.* Quamvis jure veteri aliter observabatur, id est Falcidia prohiberi non posset privatorum auctoritate & conventione, *l. quod bonis*, §. 1. *ff. hoc tit.*

§. I. Et quum quæsitum esset [4], duobus heredibus institutis, veluti Titio & Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Seio verò aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant: an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt retinere liceret: placuit vt quartam partem suæ partis salvam habeat posse retinere; etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

*[4] ET CVM QVÆSITVM ESSET] In singulis heredibus locum esse Falci-

diæ constat ex *l. in singulis 77. ff. hoc tit.* ac proinde verba legis Falcidiæ, quæ testatori concedunt vsque ad dodrantem legare, videntur etiam accipienda de dodrante cujusque portionis; quot enim portiones à testatore fiunt, tot videntur esse à testatore constitutæ hereditates, quare cùm dicimus in singulis heredibus locum esse Falcidiæ, intelligere debemus in singulis portionibus divisis, exhaustis, vel oneraris: nam si plures conjunctim, & sine partibus heredes instituti sint, omnes Falcidiam inducent, vel nemo, *l. in ratione 11. §. si filio, ff. hoc tit.*

§. II. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur [5]. Itaque si, verbi gratiâ, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit: nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, vt centum aureis legatorum nomine erogatis heres quartam partem hereditatis habiturus sit, sed necesse est vt nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte servorum, vt non ampliùs quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minùs relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. quæ res efficit vt sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.

Hic §. ex Caio l. in quantitate 73. hoc tit.

* 5 MORTIS TEMPORE SPECTATVR] Ratio est, quia hereditas & legata à tempore mortis testatoris deferuntur, & cedunt, *l. vnica, §. cùm igitur, Cod. de caduc. tollend.* ideóque post mortem testatoris quicquid accrescit, vel decrescit hereditati, nec proficit, nec nocet legatariis; sed accrescit, vel decrescit heredi, *l. in quantitate, l. in ratione 30. ff. hoc tit.* Nec obstat, quòd si ante aditam hereditatem peculium auctum sit, vberior ex postfacto hereditas intelligatur, & in ponenda ratione legis Falcidiæ inspiciatur, quantum fuerit in peculio tempore aditæ hereditatis, *l. si creditor filii 83. ff. hoc tit.* Nam in peculio vtrumque tempus spectamus, sub hac distinctione; vt si ante aditam hereditatem auctum sit peculium, id imputetur in Falcidiam, quod fuit in peculio aditionis tempore; si autem post testatoris mortem ante aditam hereditatem imminutum sit, id imputetur & contribuatur bonis defuncti quod fuit in peculio mortis tempore: & hanc distinctionem Marcellus probat, in *l. cum quo, ff. hoc tit.*

§. III. Quum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum [6], item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, vt ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem,

ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quòd si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quòd si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

*[6] ANTE DEDVCITVR ÆS ALIENVM] Quia nemo nisi de suo legare potest, id autem cujusque est, quod soluto ære alieno superest, *l. subsignatum*, §. 1. *ff. de verb. sign.* ideo deducto ære alieno legata præstantur, *l. in imponenda*, *Cod. ad l. Falcid.* neque solùm ære alieno deducto, sed etiam deductâ funeris impensâ; æquius namque est lucrum non capere legatarios, quàm testatorem insepultum jacere, *l. & si quis*, §. 1. *ff. de relig. & sumptib. fun.* Funeris autem appellatione intelligitur, quicquid corporis causâ antequam sepeliretur consumptum est, *l. funeris sumptus*, *ff. eod.* Monumenti autem ratio eadem non est; quia monumentum magis est ad pompam, quàm ex necessitate, *l. 1.* §. *fin. ff. hoc tit.* nisi cùm testator ipse jussit sibi fieri monumentum: quo certè adhuc casu, non omnem eam impensam deducit heres, quam testator in monumentum fieri jussit; sed justam dumtaxat, & probabilem, & quæ sufficit ad speciem modicam monumenti, *l. 2. ff. hoc tit.* Postremò deducuntur pretia servorum manumissorum; quia hæc extra bona defuncti esse censentur, & Falcidiam omnino non patiuntur, *l. si servus* 55. *ff. hoc tit.*

De fideicommissariis hereditatibus.

CAPVT XXIII.

NVNC transeamus ad fideicommissa. Et prius est vt de hereditatibus fideicommissariis videamus.

§. I. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem [1] vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus semel iterúmque gratiâ personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit Consulibus [2] auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantúsque eorum favor factus est, vt paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

[1] QVIBVS ENIM NON POTERANT HEREDITATEM] Sed jure fidei-

commissorum constituto obtinuit his tantùm dari posse fideicommissa, quibus & legari potest, Vlp. auctore *lib. Reg. tit. de fideicommiss.* At qui legatum capere non potuit, fideicommissum capere potuit; vt Latinus Iunianus cum quo fuit testamenti factio, sed lex Iunia Norbana nominatim vetabat eum hereditatem, vel legatum capere: ei tamen benigna interpretatio non denegabat fideicommissum, quod non proficiscitur ex rigore juris civilis, sed pendet ex æquitate Prætoris. Denique senatusconsulto Planciano ad legem Papiam facto plectitur is, qui tacitam fidem accommodavit vt non capienti fideicommissum restituat, vt docet Vlp. *d. tit. §. penult.*

*[1] QVIBVS ENIM NON POTERANT] Puta Latinis Iunianis, teste Vlpiano *in Fragm. hoc tit.* Hi enim licèt hereditatem vel legata capere non possent, quia lex Iunia Norbana id nominatim vetabat; fideicommissum tamen ex benigna interpretatione capere non prohibebantur, idque non constituto adhuc jure fideicommissorum. Eo enim jam constituto, id est converso in assiduam jurisdictionem, iis tantùm relinqui fideicommissa potuerunt, quibus & legata, teste eodem Vlpiano *hoc tit.* In tantum etiam, vt plectatur is qui tacitam fidem accommodavit defuncto, id est promisit se restituturum aliquid ei, qui prohibetur per leges capere; qualis est, verbi gratiâ, deportatus, *l. 17. ff. de pœnis*, *l. 3. ff. de jure fisci.* Tacitam autem fidem accommodasse dicitur, qui domesticâ, & clandestinâ conventione se obligavit, id est privato chirographo promisit se restiturum, *d. l. 3. de jure fisci*, & *l. in fraudem*, *ff. de iis quibus vt indignis.*

[2] IVSSIT CONSVLIBVS] Qui & de fideicommissis in vrbe cognoscebant, si de majori summa ageretur; vt ex Quintiliano *lib. 3. Institut.* Cujac. docuit, *lib. 21. Obs. cap. 34.* Si verò de minori, Prætor fideicommissarius cognoscebat; in provinciis verò Præsidum cognitio fuit. Sed observandum est hanc cognitionem fuisse extraordinariam, nulla enim fuit ordinaria actio vel formula in vrbe, vel in provinciis proposita de fideicommissis, vt nominatim Vlp. ait in *d. titulo*; & Paul. *lib. 4. Sent. tit. 1. §. vlt. Ius omne fideicommissi, non in vindicatione, sed in petitione consistit*, id est in extraordinaria persecutione.

§. II. Inprimis igitur sciendum est, opus esse[3], vt aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejúsque fideicommittatur, vt eam hereditatem alii restituat. alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Quum igitur aliquis scripserit, Lucius Titius heres esto: poterit adicere, Rogo te Luci Titi, vt quum primùm poteris hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas. Potest autem quisque & de parte restituenda heredem rogare: & liberum est, vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

*[3] OPVS ESSE] Nempe cùm quis testamento vult relinquere fideicommissum; potest enim etiam codicillis ab intestato, & solo nutu relinquere, nec tum opus est aliquem heredem scribere.

§. III. Restitutâ autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet[4]: is verò qui recipit hereditatem, aliquando heredis[5], aliquando legatarii loco habebatur.

*[4] HERES PERMANET] Inspectâ scilicet subtilitate & regulâ juris, quæ vult eum qui semel heres extitit, non posse desinere esse heredem, *l. 88. ff. de hered. instit.* *l. ait Prætor 7. §. pen. ff. de minorib.* Huic tamen regulæ contrarius est §. *per contrarium*

in fin. infrà, de heredit. qua ab intest. vbi Iustinianus ait, dici posse filium ipso jure suum heredem esse desinere. Respondent aliqui, in casu ibi proposito desinere quoad emolumentum hereditatis, quod totum est penes fiscum; ipso tamen jure non desinere. Sed rectiùs alii regulam illam interpretantur, vt qui semel heres extitit non desinat esse heres facto suo, puta, si hereditatem vendiderit, *l. 2. Cod. de pactis, l. 2. Cod. de heredit. vel actione vendita:* si hereditate se abstinuerit, quamvis beneficio Prætoris; quia Prætor vt heredem facere non potest, *§. quos autem, infrà, de bon. possess.* ita nec efficere vt qui semel heres est, desinat esse heres. Potest tamen desinere esse heres qui heres extitit; vel jure civili, vt rescisso testamento per querelam inofficiosi; vel lege certâ, vt lege Iuliâ majestatis, ex parte qua damnatur memoria perduellionum, *l. vlt. ff. ad legem Iul. majest.* & *d. §. per contrarium.*

5 ALIQVANDO HEREDIS] Heredis, si ex Trebelliano; legatarii, si ex Pegasiano. quod diligentiùs exponam in sequentibus.

* 5 ALIQVANDO HEREDIS] Nempe cùm ei hereditas restituebatur ex senatusconsulto Trebelliano; vt & aliquando legatarii loco, cùm ex senatusconsulto Pegasiano, quo heres fiduciarius omnia hereditatis onera sustinebat; fideicommissarius autem nulla, instar legatarii, qui regulariter nulla sustinet.

§. IV. Et Neronis quidem temporibus Trebellio Maximo & Annæo Seneca Consulibus senatusconsultum factum est: quo cautum est, vt si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quæ jure civili heredi & in heredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas. Post quod senatusconsultum Prætor **vtiles actiones[6] ei & in eum, qui recipit hereditatem, quasi heredi & in heredem dare cœpit.**

* 6 VTILES ACTIONES] Dices: cur non dantur directæ actiones adversus fideicommissarium? Respondeo, quia directæ tantùm dantur ei qui verus est heres; at fideicommissarius per senatusconsultum verus heres factus non est, sed quasi heres, vel loco heredis; & consequenter ei, & in eum, solæ vtiles competunt. Quare post senatusconsultum Trebellianum directæ actiones remanserunt penes heredem fideicommissarium; sed sine re, id est sine effectu: propter exceptionem senatusconsulti, quâ seipsum tueri potest adversus creditores hereditarios, *l. 1. §. quamquam, ff. ad senatusconsultum Trebell.*

§. V. Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidiâ ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est[7]. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. quæ species legati partitio vocabatur[8]: quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem.

Vnde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur [9] inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, & heredem, id est, vt & lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

[7] EADEM RETENTIO PERMISSA EST] Eodem senatusconsulto, quod D. Cujacio magis placuit. Quidam verò auctoritate prudentum, quod non insubtiliter tentari potest. sed omnino rejicienda est eorum sententia, qui retentionem hanc tribuunt constitutioni D. Severi.

* [8] PARTITIO VOCABATVR] De hoc legati genere ita scribit Vlp. *in Fragmit. de legatis: Sicut res singulæ legari possunt, ita & universarum rerum summa legari potest: vt puta, Mævius heres meus hereditatem meam cum Titio partito, dividito: quo casu dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem & alia pars, veluti tertia, vel quarta legari: quæ species partitio appellatur.*

* [9] EÆDEM INTERPONEBANTVR] Quia idem pene jus erat fideicommissarii, & legatarii partiarij. Sicut enim fideicommissarius non dicitur heres, nec fideicommissum vniversale propriè hereditas appellatur; ita & is cui pars hereditatis per partitionem legata erat, neque heres erat, neque pars hereditatis ei legata propriè hereditas dicebatur: cùm hereditas institutione, vel substitutione tantùm relinquatur; non ope & ministerio heredis, vt in fideicommisso; vel legati nomine, veluti in legato partitionis. Deinde, sicut fideicommissum legatum non est, ita nec legatum partitionis legatum propriè est; cùm in vtroque non certum corpus aliquod, nec certa species, sed vniversitas quædam corporis relinquatur. Et ea propter iniquum fuerat tam eum, qui partem hereditatis sub legati specie acceperat; quam eum, qui per fideicommissum, commodum sine onere sentire. Ideóque introductæ sunt stipulationes, quibus inter heredem & legatarium partiarium; itémque inter heredem, & fideicommissarium, pro rata vtriusque portione commoda, & onera communicarentur.

§. VI. Ergo si quidem non plus, quàm dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, & in vtrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili: in eum verò qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano tamquam in heredem. At si plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto: & heres, qui semel adierit hereditatem, si modò sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse vniversa onera hereditaria sustinebat. Sed quartâ quidem retentâ, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium & heredem, si verò totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id, quòd dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam: cavetur Pegasiano senatusconsulto, vt desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Prætoris adeat [10], & restituat hereditatem: perindéque ei & in eum, qui re-

cipit hereditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto. quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hereditariæ ei, & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, vtroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

* [10] IVSSV PRÆTORIS ADEAT] Qui recusat hereditatem adire fideicommissariam, per Prætorem in vrbe adire, & restituere cogitur; in provinciis per præsidem. Sed & per Duumviros ex præcepto præsidis cogi potest; si tamen præsens sit. Si enim absens sit, vel contumaciter latitet; interponitur decretum Prætoris, quo fideicommissarius in possessionem bonorum hereditariorum mittitur, & ipso jure transeunt in eum vtiles omnes actiones, vt constitutum est in *l. pen.* §. *fin. Cod. ad senatusconsultum Trebell.*

§. VII. Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt [11], & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat [12], & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quàm differentiis vtriusque senatusconsulti: placuit explosо senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, vt ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur: sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minùs, sive nihil penitus: vt tunc quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei [13] vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione [14], actionibus tam in heredem, quàm in fideicommissarium competentibus. si verò totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario & adversum eum competunt. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, vt quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum & contra eum transire actiones: & hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum, vt ex hoc solo & necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno, nec commodo, apud heredem remanente.

* [11] IPSI ANTIQVITATI DISPLICVERVNT] Et meritò sanè, nam his stipulationibus qui lites, & judicia effugere volebat, pluribus litibus immergebatur: etenim cum creditoribus hereditariis primò res illi erat; deinde cum fideicommissario agere debebat ex stipulatione, vt recuperaret quod creditoribus solvisset.

* [12] CAPTIOSAS EAS HOMO EXCELSI INGENII PAPINIANVS APPELLAT] Ita etiam appellat & ipse Iustinianus in *confirmatione digestorum*, §. 6. his verbis: *Solum*, inquit, *senatusconsultum Trebellianum ponendum esse existimavimus:*

captiosas etenim, & ipsis veteribus odiosas Pegasiani senatusconsulti ambages, & vtriusque senatusconsulti ad se tam supervacuas, quàm scrupulosas diversitates respuentes, totum jus super his positum, senatusconsulto Trebelliano adjudicavimus.

* 13 LICEAT EI] Etiam contra testatoris voluntatem, si jus hîc positum inspicias; si autem Novellam primam Iustin. *de heredib. & Falcid. cap. 2. versic. si verò expressim*, ratio legis Falcidiæ relinquitur arbitrio testatoris, ne locum habeat eo invito. Idem dicendum videtur, hanc quoque quartam Trebellianicam non habere locum invito testatore; cùm vtriusque quartæ eadem ratio sit. Imò & eadem quarta sit, quæ primò legatorum minuendorum causâ introducta est, deinde producta & porrecta ad fideicommissa; vnde quarta Trebellianica passim Falcidia dicitur, *l. 1. §. inde Neratius, ff. ad senatusconsultum Trebell. l. si vt allegas. Cod. ad leg. Falcid.* & pluribus aliis locis.

* 14 PRO RATA PORTIONE] Quod attinet scilicet ad onera creditorum; ea enim dividuntur inter heredem, & fideicommissarium, pro quadrante, & dodrante, *l. 1. Cod. ad senatusconsultum Trebell.* An etiam quod attinet ad onera legatorum? Distingue: vel enim dodrans hereditatis retentâ quartâ restituendus est, vel minor pars, vt puta semis: priore casu onera legatorum ad solum fideicommissarium pertinent; quia ex quadrante legata non delibantur, sed quadrans delibatur ex legato, *l. 1. §. fin. ff. ad senatusconsultum Trebell.* multóque magis cùm tota hereditas restituitur: posteriore autem casu legatorum onera dividuntur pro rata inter heredem, & fideicommissarium, *l. 2. Cod. eod. l. 1. §. pen. ff. eod. l. etiam, §. 1. ff. vt legator. seu fideicommissor. servand.*

§. VIII. Nihil autem interest, vtrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere: an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatus sit. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

§. IX. Si quis vnâ aliquâ re[15] deductâ, sive præceptâ, quæ quartam continet, veluti fundo vel aliâ re, rogatus sit restituere hereditatem: simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiat perinde, ac si quartâ parte retentâ rogatus esset reliquam hereditatem restituere. sed illud interest; quod altero casu, id est, quum deductâ sive præceptâ aliquâ re vel pecuniâ restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur: & res quæ remanet apud heredem sine vllo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita[16]. altero verò casu, id est, quum quartâ parte retentâ rogatus est heres restituere hereditatem, & restituit: scinduntur actiones & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium: pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam licèt vnâ re aliquâ deductâ, aut præceptâ, restituere aliquis hereditatem rogatus est, quâ maxima pars hereditatis contineatur: æquè in solidum transferuntur actiones,

Ex Mart. l. 30. §. multum interest, ad Trebell.

nes,

nes, & secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribúsve deductis præceptísve rebus, restituere hereditatem rogatus sit. Sed & si certâ summâ deductâ, præceptâve quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus & ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

15 SI QVIS VNA ALIQVA RE DEDVCTA] Hoc est omnino quod ait vexata *l. in quartam, ff. ad l. Falcidiam, Sive præcipere, vel retinere, vel deducere jussus est.* Quod enim hac verborum figurâ relinquitur, id est, cùm quis deductâ, retentâ, vel præceptâ certâ re, vel summâ rogatur hereditatem restituere; hac mente relictum esse à testatore, vt in ea re heres habeat quartam. Ideóque quamvis ea res non contineat quartam, supplendam esse quartam Iurisconsultus ait, & ex Trebelliano restitutionem fieri, *l. 1. §. si heres præcepto 16. ff. ad Trebell.* Diversa autem est causa legati, quod per præceptionem vulgò dicitur, vel prælegatum; nam aliquando vel totum hoc prælegatum, vel saltem pars quæ jure hereditario capitur, continetur ipso vniversali fideicommisso, id est venit in restitutionem hereditatis, *l. 3. §. quidam, ff. ad Trebell. l. eum qui, §. vlt. ff. de his quæ vt indignis, l. cùm virum, C. de fideicomm.* Hæc verò res quâ deductâ, vel præceptâ, vel retentâ, heres hereditatem restituere rogatus est, venire non potest in restitutionem fideicommissi vniversalis; quia restitui non potest hæc hereditas, nisi hac re priùs deductâ, vel retentâ, ex manifestissima voluntate testatoris.

*15 SI QVIS VNA ALIQVA RE] Huc spectat quod Martianus ait in *l. in quartam, ff. ad l. Falcid.* Si quis heres rogatus hereditatem restituere, jussus est præcipere, vel deducere, vel retinere; id ei in quartam imputari: nam cùm quis vel præceptâ, vel retentâ, vel deductâ re aliquâ, aut summâ, rogatus est hereditatem restituere; eâ mente relicta videtur res illa à testatore, vt ex ea quartam sibi heres habeat, & constituat. Nam cùm circa legis Falcidiæ rationem hoc vnum maximè Iurisconsultis studio & curæ fuerit, vt plura, quoad fieri posset, in quartam imputarentur, quò pleniùs voluntati defuncti in legatis, & fideicommissis præstandis satisfieret; benignè receptum est, vt si quid deducere, præcipere, retineréve jussus esset fiduciarius heres, id in quartam ei imputaretur, *d. l. in quartam, §. sed in fideicommissaria,* perinde ac si quartâ parte retentâ rogatus esset reliquam hereditatem restituere, vt hîc dicitur, id est quasi hereditario jure id esset ei quæsitum. Quæ verba palam innuunt hoc ex interpretatione prudentum descendere, quorum hæc ratio fuisse videtur, quòd res & summa, quam heres ex ipsa hereditate retinere jussus est, ei jam ex institutione cum reliqua hereditate, cujus vniverso jure continebatur, fuisset acquisita. Nec obstat quòd ex legato ea res ac summa acquiri dicatur hoc loco: nam vel de imputatione quæritur, vel de oneribus hereditariis; priore casu jure hereditario capi intelligitur; posteriore quasi ex legato, vt scilicet illud immune, & illibatum habeat heres, vt dicitur hîc in *versic. sed illud interest,* & in *l. 30. §. multum, ff. ad senatusconsultum Trebell.* Sed cur tam variè, dixerit aliquis? Respondeo, quia sicut æquum est heredem in quartam sibi imputare id quod senatusconsultum Pegasianum commodum præstat in proposito casu: ita æquum est vt illud habeat ab oneribus immune; quia ita testator voluit. Voluisse autem intelligitur; quia res certa, aut summa quam jussit heredem præci-

pere, deducere, retinere, sui naturâ non recipit æris alieni, vel alterius oneris minutionem, *l. cogi 16. §. inde quæritur, ff. ad senatusconsultum Trebell.* ne tum quidem, cùm expresso institutionis titulo relicta est, *l. quoties, Cod. de hered. instit.* Itaque vnus idémque, hoc casu, diverso respectu loco heredis est, & loco legatarii; aut potiùs heres revera est, sed fingitur legatarius, quem constat immunem esse ab omnibus oneribus hereditariis. Idémque obtinet in eo qui ex certa re institutus est heres, vel certis rebus pro sua institutione contentus esse jussus est, *d. l. quoties, Cod. de hered. instit.* nam & hîc revera heres est, *Nov. Iustiniani 115. cap. 8.* & tamen legatarii loco est, *d. l. quoties*, quod attinet scilicet ad onera hereditaria.

16 QVASI EX LEGATO EI ACQVISITA] Id est habetur legatarii loco; fingitur legatarius, quem constat obnoxium non esse hereditariis oneribus. Idémque obtinet in herede in certa re instituto, vulg. *l. quoties, C. de heredib. institu.* Ceterum revera, & ipso jure heres est, & hanc rem, quam totam imputat in quartam, jure hereditario, & tamquam heres accipit: sed quod attinet ad translationem actionum in solidum ex senatusconsulto Trebelliano, & ad onera hereditaria, legatarii loco est, fictitio, & commentitio quodam jure. Et ita accipiendum est quod subjicit in *versic. sed & si certa summa*, idem jus esse, si certâ summâ præceptâ rogatus sit restituere; nam quantum pertinet ad modum capiendi, diversam omnino esse aliquando causam prædiorum pro hereditaria parte retentorum, & summæ, vel pecuniæ Papin. docet in *l. deducta, §. acceptis, ff. ad Trebell.* Qui enim acceptâ præceptáve pecuniâ hereditatem restituere rogatur, totam pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur, tamquam si eam ex bonis retineret. Quod tunc quoque respondendum esse ait, cùm pro parte coheredi suo hereditatem restituere rogatur: hoc enim casu, de portione propria heres rogatus accipere videtur pecuniam. sed subjicit diversam esse causam prædiorum pro hereditaria parte retentorum; *alia enim portio*, inquit, *non nisi à coherede, qui dominium habet accipitur:* & hoc ergo casu partem rei, quâ retentâ hereditatem restituere rogatus est, accipit jure hereditario à semetipso, partem verò jure legati à coherede.

§. X. Præterea intestatus [17] quoque moriturus, potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure, vel honorario pertinere intellegit: vt hereditatem suam totam partémve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: quum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant [18].

* 17 PRÆTEREA INTESTATVS] An senatusconsultum Trebellianum ad fideicommissa ab intestato relicta pertineat, apud Iulianum olim tractatum est, vt videre est in *l. 6. §. meminisse, ff. ad senatusconsultum Trebell.* Fortè dubitandi rationem faciebat, quòd senatusconsultum de herede instituto tantùm loqueretur; sed placuit tandem ad intestatos pertinere etiam senatusconsultum, vt probat Vlpianus, in *d. §. meminisse*, & in *l. 1. §. hoc autem, ff. ad senatusconsultum Trebell.* quod & D. Pii constitutione nominatim cautum fuisse refert Iurisconsultus, in *l. filiusfam. ff. ad l. Falcid.*

* 18 NISI EX TESTAMENTO NON VALEANT] Respicit ad tempus, quo legata nondum per omnia & in omnibus exæquata erant fideicommissis: nam post exæquationem, vt fideicommissa, ita & legata ab intestato relinqui potuerunt, vt docet Cujacius ad *tit. Cod. communia de legat. & fideicommiss.*

§. XI. Eum quoque [19], cui aliquid restituitur, potest rogare vt id rur-

sum alii aut totum, aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

*19 EVM QVOQVE] Non tantùm heres, sed & fideicommissarius onerari fideicommisso potest: sed hoc inter vtrumque discrimen est, quòd heres quartam detrahit, non detrahit fideicommissarius, *l. si patroni*, §. 2. & *l.* 22. §. *fin. ff. ad senatusconsultum Trebell. l.* 47. §. *numquam*, *ff. ad l. Falcid.* Et ratio est, quia lex Falcidia heredis causâ lata est, non fideicommissarii, *l. potest heres* 71. *ff. ad l. Falcid.* Potest tamen duobus in casibus quartam retinere fideicommissarius. Primus, si suspecta dicta sit hereditas, & eam non sponte, sed coactè adierit heres, & restituerit, *l. Marcellus* 30. *ff. ad senatusconsultum Trebell.* Secundus est, si heres in gratiam fideicommissarii primi quartam retinere noluerit; tunc enim dodrans hereditatis dumtaxat secundo fideicommissario restituitur, *l.* 1. §. *inde Neratius*, *ff. hoc tit.*

§. XII. Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide heredum pendent, & tam nomen quàm substantiam acceperunt: & ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit, nuper & nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto quod Tribunianus vir excelsus, Quæstor sacri palatii suggessit, constitutionem fecimus: per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit, vt vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat: & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quàm quinque, vel nemo penitùs testis intervenerit: tunc sive pater heredis, sive alius quicumque sit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsequutam: si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, quum priùs ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere vel jusjurandum subire, quòd nihil tale à testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi, vel vniversalis, vel specialis solutionem coartari, ne pereat vltima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, & si à legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quòd si is à quo relictum[20] dicitur confiteatur quidem à se aliquid relictum esse, sed ad legis subtilitatem[21] decurrat: omnimodo solvere cogendus est.

Ex Vlp. l. 1. §. *de illo ad Trebell.*

20 QVOD SI IS A QVO RELICTVM] Malè quidam ex falsa veterum distinctione, de qua glossa hoc loco, adducunt hæc supposititia verba, *postquam negaverit*; quæ & abesse à veteribus libris Iohannes Faber testatur. Nam omnino ita se res habet; vel negat heres, vel fatetur; si negat, non potest recusare jusjurandum, id est tenetur jurare, vel solvere: si fateatur, non potest recurrere ad subtilitatem juris, id est non potest dicere secundùm solemnitatem juris fideicommissum non fuisse relictum; sed omnimodo solvere tenetur. Quod autem objiciunt ex *l. si veritas*, *C. de fideicommiss.* locum habuit ante hanc novam Iustiniani constitutionem, quæ hoc

novum jus induxit; quod tamen repetit ex ipsis fideicommissorum cunabulis, id est ex prima illa veterum fide, quâ antiquitus fideicommissa nitebantur.

* [11] SED AD LEGIS SVBTILITATEM] Id est intendat minùs solemniter relictum fuisse fideicommissum; fortè quòd non intervenerant quinque testes, qui desiderabantur in codicillis, & fideicommissis: sed cùm fateretur ei relictum esse fideicommissum, non est quærendum de testimonio; cùm solâ fide, & conscientiâ ejus qui rogatus est convalescere possit, *l. 2. Cod. de fideicommiss.* nec obstat *l. si veritas, Cod. eod.* cui etiam derogatum est per hanc Iustiniani constitutionem, quæ habetur in *l. fin. Cod. eod. tit. de fideicommiss.*

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

CAPVT XXIV.

POTEST autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam: & vel ipsum heredem rogare, vt alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit [1].

* FIDEICOMMISSA, vel sunt hereditatis, aut partis ejus, *toto tit. superiore*; vel sunt rei singularis, rei certæ, certi corporis, vt *hoc tit.* quæ rursus bifariam relinqui possunt, ab herede fideicommissario, & legatario.

[1] A LEGATARIO LEGARI NON POSSIT] Eâdem formâ Vlp. *lib. Reg. tit. de fideicom. Filio qui in potestate est, servóve heredibus institutis, patris, vel domini fidei committi potest, quamvis ab eo legari non possit.* Quæ regula valde confirmat superiorem; nam si neque à patre, vel domino, qui per servum, vel filium heredes existunt, legari potest; quia ex testamento heredes non sunt: multominus à legatario legari potest. Sed quærit Accursii glossa, an hoc tantùm obtineat ex jure antiquo; non ex jure novo, quo legatorum, & fideicommissorum differentia sublata videtur, etiam hac in parte, *l. 2. C. communia de legatis.* vt hodie verum sit à legatario legari posse, quod & D. Cujac. probat *in Paratit. C. eod. tit. communia de legatis.* Sed hanc sententiam Iohannes Faber hoc loco rejicere tentavit, dubitanter tamen. Raphaël verò Fulgosius ad *d. §. vlt. l. 2.* hanc regulam hodie manere intactam constanter affirmat; quia hoc loco Iustin. ait, *legari non potest.* Si enim sublata fuisset, non grave ei fuisset dicere, *non poterat.* Et quamvis hodie à legatario datum legatum valeat tamquam fideicommissum; tamen hoc semper remanet, legari non posse à legatario, sed fideicommitti.

* [1] A LEGATARIO LEGARI NON POSSIT] Meminit hujus inter legatarium & fideicommissarium discriminis Caius *lib. 2. suarum Instit. tit. 13.* & hine in responsis veterum Iurisconsultorum passim legimus, id quod à legatariis relinquitur, per fideicommissum relinqui. Sed hodie ex constitutione Iustiniani, quâ legatorum & fideicommissorum differentia omnis sublata est; verum est etiam à legatario legari posse, vel expressis his Iustiniani verbis in *l. 2. §. fin. Cod. communia de legat. & fideicommiss. Si fidei heredis, & legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse intelligatur.* nec rectè Fulgosius ad *d. §. fin.* hanc regulam, *à legatario lega-*

ri non posse, hodie manere integram constanter asserit; propterea quòd Iustinianus hoc loco ait, *non possis*, vtendo scilicet verbo præsentis temporis, non præteriti; quæ differentia si sublata fuisset, inquit, non tam grave ei fuisset dicere, *non poterat*. Nam hæc ratio si vera est, vetum quoque erit legata hodie non nisi ex testamento relinqui posse, ex verbis ejusdem Iustiniani, §. *preterea*, *suprà*, *de fideicommiss. hereditatib.* Ita enim legitur eo loci, *Cùm alioquin legata nisi ex testamento non valeant*, præsens tempus denotans, non præteritum: quod ei quoque grave non fuerat denotare, & dicere, *non valebant*. Et tamen hodie legata aliis modis relinqui posse quàm testamento adeò certum est, vt nemo sanus dubitet.

§. I. Potest autem non solùm proprias res[2] testator per fideicommissum relinquere: sed heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius[3]. Itaque legatarius & fideicommissarius non solùm de ea re rogari potest, vt eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur[4]. Quum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.

*[2] NON SOLVM PROPRIAS RES] Hîc adhibendæ sunt distinctiones, quas in legato rei alienæ obtinere suprà dictum est, in *tit. de legat.* §. *non solùm*. Si scilicet alienam rem sciverit testator, necne: & an res in commercio vel hominum, vel fideicommissarii sit. vide quæ dixi ad *d.* §. *non solùm*.

[3] AVT CVIVSLIBET ALTERIVS] Res quæ per damnationem dari poterant, & per fideicommissum relinqui possunt, ait Vlp. *lib. Reg. tit. de fideicom.* Igitur res omnes, dummodo tales sint quæ dari possint: in re tamen aliena vtimur distinctione, de qua suprà in *tit. de legatis*, quod & hoc loco Accursius notat.

[4] QVOD AMPLIVS EST INVTILITER RELINQVITVR] Hæc regula certissima est, & valde confirmatur exceptionibus ab Accursio propositis.

§. II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, vt heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. nec interest vtrum de suo[5] proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quòd si dominus eum non vendat, si modò nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur: quia possit tempore procedente, vbicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit[6]. At is qui directò testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam orcinus appellatur. Nec alius vllus directò ex testamento libertatem habere potest, quàm qui vtroque tempore testatoris

Ex l. libertates, ff. de fideicom. libertatib.

Ex l. deberi, Cod. de fideic. libert.

fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, quum non ab alio servum manumitti rogat; sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

*5 NEC INTEREST VTRVM DE SVO] Multum tamen interest, aiunt Vlpianus, & Marcellus, in *l. generaliter, §. si quis alienum, ff. de fideicommiss. libert.* vtrum quis suum, an alienum servum manumittere rogatus sit. Qui enim suum, statim atque defuncti judicium agnovit, puta legatum accepit, eum statim manumittere cogitur; licèt minus sit in eo quod accepit judicio testatoris, quàm in pretio servi. Qui autem alienum, non aliàs cogi potest manumittere, quàm si tanti potest redimere servum, quantum ex judicio testatoris consequutus est. Sed quod attinet ad testatorem, nihil certè interest sciverit, an ignoraverit suum esse servum, an alienum: neque enim hîc adhibetur ea distinctio, quæ in aliis legatis, & fideicommissis adhiberi solet; quia revera nec testator legat ipsum servum, quo casu posset quidem habere locum ea distinctio: sed ipsi servo legat libertatem. Quare etsi alienus inveniatur servus, quem vt suum testator ab vno ex heredibus voluerit manumitti; cogendum tamen eum qui rogatus est eum redimere, & manumittere, scribit Paulus in *l. Paulus, ff. de fideicommiss. libertat. Quoniam*, inquit, *similis non est causa libertatis, & fideicommissi pecuniarii.*

*6 SED EIVS QVI MANVMITTIT] Quicumque tandem is fuerit, ad quem servus cum sua causa pervenerit. Quo fit, vt is qui manumisit tam contra tabulas, quàm ab intestato, ad bona ejus venire possit quasi patronus. Non potest tamen eum vt ingratum revocare in servitutem, aut manumittendo operas ei imponere, *l. qui ex causa, ff. de bon. libert. l. cerdonem 42. ff. de operis libert.* quia non ex manumissoris, sed ex testatoris liberalitate, & beneficio libertatem consequutus est.

§. III. Verba autem fideicommissorum hæc maximè in vsu habentur: Peto, Rogo, Volo, Mando, Fidei tuæ committo. quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in vnum congesta essent.

De Codicillis:

CAPVT XXV.

ANTE Augusti tempora constat codicillorum jus non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, (ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt [1]) codicillos introduxit. Nam quum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, vt faceret aliquid. Et quum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat [2], solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse an posset hoc recipi,

nec absonans à juris ratione codicillorum vsus esset, & Trebatium suasisse Augusto, quòd diceret vtilissimum, & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: vbi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora quum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

* CODICILLI, si nativam vocis inspicias significationem, parui quidam, & breves codices sunt. Ipsi autem codices, ligneæ tabulæ in quibus veteres scribebant, & vtplurimum supremas suas voluntates exarabant. Hinc lignum pro testamento vsurpavit Iurisconsultus, in *l. quod vulgo, ff. de bonor. possess. contra tab.* Nudæ ergo, & nullius juris solemnibus subnixæ testatorum, & intestatorum voluntates, à brevioribus tabulis in quibus scribebantur, codicilli dictæ sunt: vt solemnes voluntates testatorum, & majoribus tabulis, codices. hinc codicem pro testamento vsurpavit Iuvenalis Satyra 10.

Nam codice sævo
Heredes vetat esse suos.

[1] EX CUIUS PERSONA ETIAM FIDEICOMMISSA COEPERUNT] Id est cœperunt confirmari ab Augusto, qui, vt subjicit, ex Lucii Lentuli codicillis fideicommissa solvenda esse existimavit: & ab hoc principio fideicommissa paulatim vires accipere cœperunt, vt suprà docui in *principio tituli præcedentis.* Ceterum ante D. Augustum, & Lentuli codicillos, fideicommissa frequentabantur, sed omni juris auxilio destituta ex sola fide pendebant.

[2] LEGATA QUÆ IURE NON DEBEBAT SOLVIT] Data nempe codicillis testamento Lentuli confirmatis; nondum enim constituto jure codicillorum, legata dari non potuerunt codicillis, etiam testamento confirmatis. Et legata quidem fuisse codicillis à filiâ data Theoph. scribit; sed addit incapacibus fuisse data, vt exponat illa verba, *quæ jure non debebat*; quæ veram interpretationem admittunt ex ipso codicillorum defectu, qui tunc erant juri civili incogniti. quod & D. Cujacio placet in *priori nota*; nam posterior in hunc locum corrupta videtur à manu librarii, illo loco, quo ait *à filia testamento legata fuisse relicta*: vel est memoriâ lapsus vir insignis, nam si testamento relicta fuerint, quamvis fieri possit vt non debeantur, si, vt fingit Theoph. legatarii incapaces sunt; tamen non video quid hoc faciat ad historiam codicillorum, quorum originem atque progressum hoc loco dicere voluit.

*[2] LEGATA QUÆ IURE NON DEBEBAT] Relicta scilicet codicillis Lentuli, vt rectè Cujacius in *priorib. notis:* non testamento, vt non rectè idem Cujac. in *notis posterior.* alioquin si relicta testamento dixeris, falsum est quod ait Iustinianus, non jure debita fuisse. Præterea nihil omnino feceris ad historiam codicillorum, quorum originem & progressum hîc investigat Iustinianus, dum ait *quæ jure non debebat*; quia jus codicillorum nondum receptum erat.

§. I. Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestatò quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed quum ante testamentum [3] factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamen-

tum præcedunt, posse fideicommissum peti: si apparet eum, qui postea testamentum fecit, à voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse.

*³ SED CVM ANTE TESTAMENTVM] Codicilli, vel post, vel ante testamentum conficiuntur; sed ante non aliter olim valebant, quàm si alio postea testamento, vel aliis codicillis specialiter confirmati fuissent: idque indistinctè, & absolutè, *l. 5. ff. de iure codicill.* quæ enim adduntur verba hæc in *d. l. 5. aut voluntas eorum quocumque judicio retineatur*, à manu Triboniani sunt, vt annotavit Cujac. ad *d. l. 5.* Hodie autem distinguendum est aliter. Vel enim in illis codicillis, qui testamentum præcedunt, aliquid directis verbis scriptum est, vel legata relicta sunt, aut etiam tutelæ datæ, (hæc enim directò relinqui solent) & hoc casu, vt olim, ita & hodie confirmandi sunt, *l. 6. Cod. hoc tit.* Si precariis verbis per fideicommissum relictum est; valent sine confirmatione, ex rescripto *D. Severi, & Antonini.* Facti autem post testamentum non indigent confirmatione, *l. 3. §. fin. l. ab intestato, ff. hoc tit.*

§. II. Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: ne confundatur jus⁴ testamentorum & codicillorum: & ideo nec exheredatio scribi. Directò autem hereditas codicillis, neque dari neque adimi potest. nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adicere, neque substituere directò quis potest. *Ex Paulo l. 37. ad Trebell.* *Ex Mart. l. 6. de jure Codic.*

*⁴ NE CONFVNDATVR IVS] Et hæc est differentia inter testamentum & codicillos: nam si codicillis, qui nullam exigunt juris solemnitatem, idem liceret quod testamento; periret vsus, & jus omne testamentorum, tot tantisque vigiliis excogitatum & inventum, vt dicitur in *l. si quando, Cod. de inoffic. testam.*

§. III. Codicillos autem etiam plures quis facere potest, & nullam solemnitatem ordinationis⁵ desiderant.

*⁵ NVLLAM SOLEMNITATEM ORDINATIONIS] Quinque tantùm testes desiderant codicilli, *l. vlt. §. fin. Cod. hoc tit.* sed hoc non ad solemnitatem ordinationis, sed ad solius probationis necessitatem, argumento *l. fin. Cod. de fideicommiss.* nam non solùm in codicillis, sed etiam in omni scriptura, in qua soluta pecunia memoratur, similis testium numerus exigitur, *l. testium 18. Cod. de testibus.*



D. N. IVSTINIANI

PERPETVI AVGVSTI
INSTITVTIONVM SIVE ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magistrum & Exquæstore sacri palatii, & Theophilum, & Dorotheum viros illustres, & Antecessores,

LIBER TERTIVS.

De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur.

CAPVT I.



NTESTATVS decedit, qui aut omnino testamentum non fecit[1], aut non jure fecit[2]: aut id quod fecerat ruptum irritúmve factum est: aut nemo ex eo heres extitit.

* POSTQVAM de testamentariis successionibus abunde dictum est *lib.* 2. series desiderat, vt de successionibus ab intestato agat Iustinianus: quod facere incipit ab hoc titulo, qui ad totam intestatæ successionis materiam generalis est; quamvis in eo specialiter de suorum dumtaxat successione agatur. Nam ex professo in eo Imperator tradit, qui dicantur sui ex lege XII. tab. & prudentum ad eam interpretatione; qui etiam ex edicto Prætoris; & denique constitutionum Imperialium auctoritate: quæ differentia summopere observanda est. Sui ex lege XII. tabul. existimantur filii, & filiæ, qui in potestate defuncti fuerunt tempore mortis; qui non tam heredes fiunt, quàm apparent, & existunt; cùm vivo quoque patre quodammodo domini credantur, §. *sui autem, suprà, de hered. qualit. & different. l.* 14. *in suis, ff. de suis & legitim. heredib.* cùm ipso jure eis acquiratur hereditas, §. *fin. hoc tit.* nec tam aliena & speranda, quàm sua & semper possessa bona capiant, ipsis communi naturæ, & parentum voto quæsita, *l.* 7. *scripto*, §. *vlt. ff. si tabula testam. non extab.* Hi igitur propriè sui heredes sunt ex lege XII. tab. Nepotes autem, & neptes, & deinceps reliqui descendentes, non nisi illorum imitatione, & similitudine, suorum heredum jura nanciscuntur; quatenus in locum patris sui morte intercepti, vel qualibet aliâ ratione patriâ potestate exempti succedunt, *d.* §. *sui autem, suprà, de hered. qualit. & differentia*, & §. 2. *versic. ita demum, hoc tit.* quod non ex lege, & jure ipso descendere, sed ex æquitate manifestissimè docet Iustinianus in §. *cùm filius, hoc tit.* his verbis, *Æquum esse videtur, nepotes, neptésque in patris sui locum succedere:* quibus etiam verbis vtitur Caius in

eadem facti ſpecie, in *Fragmento*, quod extat in *collatione legis Moſaïca cum lege Rom. tit.* 16. & Vlpianus in *l.* 1. §. *ſi filius*, *ff. de ſuis & legitim. heredib.* Ex quibus apparet, non lege aut jure ſuo vocari, ſed ita ſuadente æquitate, jure repræſentationis; quia patrem repræſentant, ejúſque perſonam ſuſtinent. Ideóque in ſtirpes vocantur, qui ſi proprio jure venirent, admitterentur in capita, *l.* 2. §. 2. *ff. de ſuis & legitim. heredib.* §. 6. *verſic. & quia placuit, hoc tit.* quo verbo, *placuit*, ſuperior ſententia poteſt confirmari; quoniam illo, vt plurimum, interpretatio prudentum ſignificatur. Prætoris autem beneficio, emancipati pro ſuis habentur, qui jure civili nihil juris habent; quia non ſunt tales, quales eos lex vult eſſe, nimirum in poteſtate, ideóque per legem XII. tab. non admittuntur. Sed Prætor naturali æquitate motus, eos vocat perinde ac ſi in poteſtate remanſiſſent; reſciſſâ, ſcilicet, emancipatione, §. *emancipati*, *hoc tit.* atque ita pro ſuis eos habet hoc colore, quaſi non fuerint emancipati; nam ſi patris poteſtate non eſſent liberati, dubium non eſt, quin legis ipſius auctoritate vocarentur. Denique conſtitutiones Imperatorum nepotes ex filiabus, & pronepotes ex neptibus inter ſuos vocant; qui olim erant jure civili incogniti, & à Prætore tertio ordine tantùm, quaſi cognati vocabantur. Nunc autem inter eos, & nepotes ex maſculis, nulla ſupereſt differentia.

[1] TESTAMENTVM NON FECIT] Hic propriè dicitur inteſtatus, *l.* 1. *ff. de ſuis & legitim. heredib.*

[2] AVT NON IVRE FECIT] Non adhibitis juris ſolemnibus, *l. ſi quis legatum*, §. 1. *ff. ad l. Cornel. de falſis*, *l.* 1. *ff. de injuſto rupto*, vel non inſtituto nominatim, aut exheredato filiofam. *d. l.* 1. *& l. poſtumorum*, *ff. de injuſto rupto.* His enim caſibus teſtamentum ab initio nullum eſt, & paſſim dicitur injuſtum, non jure factum, inutile; hæc enim vitia afficiunt ſtatim teſtamentum. At quæ deinceps ſuperveniunt, rumpunt, vel irritum faciunt quod initio conſtitit, §. 1. & §. 4. *alio autem modo, quibus modis teſtamenta infirmentur, ſuprà.* Rumpitur autem teſtamentum mutatione ipſius per poſterius; agnatione, vel quaſi agnatione ſui heredis. Irritum fit capitis minutione teſtatoris; & non adita hereditate, *l.* 1. *ff. de injuſto rupto*, *l. pen. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* quo tamen caſu propriè dicitur deſertum, vel deſtitutum, §. *cùm autem*, *infrà*, *hoc tit. l.* 38. §. *vlt. ff. de vulgari & pupill.* Hereditate enim non adita, ſolvitur omnis vis teſtamenti, *l. ſi nemo*, *ff. de Reg. jur.* vt rectè dicatur hereditatis aditio confirmare teſtamentum, *l.* 11. §. 1. *ff. ad Trebell.* & ideo hoc loco, & in *l.* 1. *ff. de ſuis & legitim.* deſtitutum teſtamentum ſeparatur à rupto, & irrito: notandum tamen eſt ex *d.* §. *alio autem modo*, hæc vocabula paſſim in jure confundi. Qui igitur deceſſit teſtamento facto cui hæc vitia cohærent, non impropriè dicitur inteſtatus. At qui omnino teſtamentum facere non potuit, impubes, puta, furioſus, is cui bonis interdictum eſt, impropriè dicitur inteſtatus, vel pro inteſtato habetur, *l.* 1. *ff. de ſuis & legitim.* quod in caſibus favorabilibus, non in odioſis, locum habere notat hoc loco Iohannes Faber Iuriſconſultus juris veteris Francici peritiſſimus. Quod autem ait Accurſii gloſſa, infirmari teſtamentum, vel reſcindi querelâ teſtamenti inofficioſi, & bonorum poſſeſſione contra tabulas, & ita patremfam. fieri inteſtatum: eſt quidem veriſſimum. Sed hæc vulgò non connumerantur inter vitia teſtamenti; quia non ipſo jure teſtamentum afficiunt, ſed opus eſt reſciſſoriâ actione, vel beneficio Prætoris.

§. I. Inteſtatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum, primùm ad ſuos heredes[3] pertinent.

[3] AD SVOS HEREDES] Lex XII. tab. parentum hereditatem tacito quodam jure, ex communi omnium voto suis heredibus delatam potiùs esse significat, quàm nominatim deferendam esse censeat. Et quemadmodum Iurisconsultus in *l.* 8. §. *sed si quæritur, ff. si servitus vindicetur*, eleganter ait sententiam judicis servitutem non constituere, sed constitutam declarare: ita quoque non malè dixeris, legem XII. tab. hereditatem magis daram declarare suis, quàm nominatim deferre; his nempe verbis, *Cui suus heres nec escit:* quia sui vocantur ipso jure naturæ, *vulg. l. 7. ff. de bonis damnator.* Et inde quoque fit, vt esse, existere, apparere statim dicantur: & civili nomine dicti sunt sui; quia domestici, sacrosanctæ patriæ potestatis vinculo parentibus conjuncti, §. 2. *vers. sed sui, suprà, de hered. qualit. & differentia.*

§. II. Sui autem heredes existimantur, vt & suprà diximus, qui in potestate morientis fuerint: veluti filius, filia, nepos neptísve ex filio, pronepos proneptísve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatáve. Nec interest vtrum naturales [4] sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati [5] secundùm divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit: postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit: non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & iis qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demùm tamen nepos neptísve, pronepos proneptísve suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive aliâ ratione, velut emancipatione. Nam si per id tempus quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque & in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus. Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

[4] NEC INTEREST VTRVM NATVRALES] Dubitari poterat de adoptivis, an ea omnia illis præstare posset commentum juris, id est adoptio, vt loquitur *l. fideicommissum 76. ff. de conditionib. & demonstrat.* quæ naturalibus, & legitimis præstat naturæ veritas, vt loquitur Papin. in *l. filio, ff. de liber. & postum.* Et tentari forsitan potuit adoptivos quidem esse agnatos, sed non suos; vt quidam in specie *l. scripto, ff. si tabulæ testamenti nulla extabunt unde liberi*, nepotem de quo quæritur in *d. lege*, esse agnatum avo, non suum: cujus sententiam eruditè rejicit Papinianus.

[5] CVRIIS CIVITATVM DATI] Hunc modum, quo naturales filii, id est

ex concubina susceptі, efficiuntur legitimi, & sui; jam docui *lib.* 1. *in fine tit. de nuptiis*, Theodosium, & Valentinianum Imperatores excogitasse, vulg. *l.* 3. *&* 4. *C. de naturalib. liber.* vt vel hac ratione idoneis hominibus replerent desertas, & destitutas curialibus civitates. Has enim fugere, & deserere plerique solebant rus habitandi gratiâ: vel, vt Sidon. Apollinaris scribit *epist.* 8. *lib.* 8. *solâ propagandæ rei familiaris vrticâ solicitati*, muneta municipalia passim detrectantes, *l. vn. C. si curialis relictâ civitate rus habitare maluerit.* Curiam autem nemo nescit esse minorem civitatis, municipii, vel coloniæ Senatum, compositum adinstar magni Romani Senatus: quem & amplissimum ordinem M. Tull vocat in *orat. pro M. Cœlio*, illo loco, *Nemini vmquam præsenti Puteolani majores honores habuerunt, quàm absenti M. Cœlio: quem & absentem in amplissimum ordinem cooptarunt.*

* [f] CVRIIS CIVITATVM DATI] Curia erat minor civitatis, municipii, aut coloniæ Senatus; compositus adinstar Romani Senatus. Cùm enim coloniæ deducebantur, decima pars eorum qui deducebantur, consilii publici gratiâ describebatur, & inde decuriones dicti, *l.* 239. *pupillus*, §. *decuriones*, *ff. de verb. sign.* Illi autem munera civitatum, & municipiorum onera sustinere cogebantur: quæ vt effugerent, plerumque civitates, & municipia deserere solebant. Vt igitur ad incolendas civitates invitarentur, Imperatores Theodosius & Valentin. hoc excogitaverunt; vt qui naturales tantùm essent, puta ex concubina suscepti, aut ex pellice, (adulterio, aut alio incestô, & prohibito coïtu nati, hoc privilegio non gaudebant) sui, & legitimi efficerentur patri, vel avo; vt ei tam ex testamento, quàm ab intestato possent succedere, si à parentibus curiis darentur. Patri, aut avo ideo dico; quia hic modus faciendi legitimi ideo distinguebatur à ceteris, quòd in aliis jus non tantùm suitatis, sed etiam agnationis acquirebatur; in istis autem hoc jus suitatis tantùm: & ideo curiis dati legitimis liberis patris, aut parentibus, agnatis, cognatísque, & vicissim illi his legitimi successores non erant, *l.* 9. *communium, Cod. de naturalibus liberis*, id est nullum jus in bonis ascendentium, vel descendentium, aut collateralium patris poterant sibi vindicare.

[g] CVM QVA POTERAT HABERE CONIVGIVM] Pleniùs in *l.* 10. *C. de naturalib. liberis*, *Cùm quis à muliere libera, & cujus matrimonium non est legibus interdictum*, vt nominatim excludatur ancilla, in qua ducenda necessarium fuisse rescriptum Principis docet elegans D. Hieronymi locus in *epistola ad Oceanum*: *Multos videmus*, inquit, *ob nimiam paupertatem vxorum sarcinam declinare, & ancillas suas habere pro vxoribus, susceptósque ex his liberos colere vt proprios: qui si fortè ditati, ab Imperatoribus stolam illis meruerint.* Illis scilicet ancillis, quas pro vxoribus habent, impetraverint decus matronale, & honorem nuptiarum: sic enim ille locus intelligendus. Et cùm ait, *stolam meruerint*, respexisse videtur ad illa M. Tullii verba *Philippica* 2. *Curio intervenit, qui te à meretricio quæstu abduxit: & tamquam stolam dedisset, in matrimonio certo, & stabili locavit.* Sed *Novell.* 89. *&* 117. permissæ quoque fuerunt generaliter nuptiæ cum ancillis: & ideo forsitan hoc loco Tribonianus hæc verba non inseruit; quem & pleraque admiscuisse his libris nondum constituta, sed meditata tantùm, docet D. Cujac. in fine *hujus tit. in posterioribus notis.*

§. III. Sui autem heredes etiam ignorantes fiunt. & licèt furiosi sint, heredes possunt existere. quia quibus ex caussis ignorantibus nobis adquiritur, ex his caussis & furiosis adquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, *Ex Iavol. l. 63. de acq. hered. Pompon. l. 12. de reb. credit. &*

& ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas. nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure. *l. 22. de oblig. & act.*

§. IV. Interdum autem licèt in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris. jus enim postliminii hoc facit[7].

[7] IVS ENIM POSTLIMINII HOC FACIT] Non obstat *l. lege Cornelia, ff. qui testamenta facere possunt*, quam Accurs. objicit. Nam vel fictione legis Corneliæ, vel fictione juris postliminii dicimus hunc filium esse suum heredem; quamvis veritate inspectâ non suus sit, vt Iurisconsultus ait *d. lege*. Qui igitur revera non est suus, fictione juris dicitur suus. Nec est vlla differentia constituenda inter fictionem legis Corneliæ, & fictionem postliminii hac in parte, quod quidam malè cum Accursio tentant; vt rectissimè D. Cujac. docuit in *d. l. lege Cornelia*. Non obstat quoque huic §. *l. captum, C. de postliminio reverf.* quæ id effici ait, non jure postliminii, sed beneficio legis Corneliæ. Verissima enim est solutio Accursii, quam & D. Cujac. probat, in specie *d. legis* patrem apud hostes decessisse; quo casu, filius reversus suus heres efficitur ex lege Cornelia ipso jure.

§. V. Per contrarium evenit, vt licèt quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. suum enim heredem habere non potest, quum fiscus ei succedit: sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere[8].

[8] SVVM HEREDEM ESSE, SED DESINERE] Obstare videtur quod ait *l. ait Prætor, §. sed quod Papinianus, ff. de minorib.* & *l. ei qui solvendo, ff. de heredib. institu.* eum qui semel heres extiterit, non posse desinere esse heredem; semel heredem, in perpetuum esse heredem. Et quod ait *l. 30. §. sed & si suus, ff. de fideicomm. libertatib.* eum non posse decedere sine herede, qui suum heredem habet, licèt abstinentem se. Sed dicendum est hoc ita procedere, vt suo facto, puta repudiatione, vel abstentione, vel Prætoris auctoritate, nemo desinat heres esse; suus, quamvis se abstineat; extraneus, quamvis repudiet semel aditam hereditatem. Et quod ad Prætorem attinet, nihil Prætoris auctoritas hac in parte potest præstare; Prætor enim neque heredem, neque exheredem facere potest, *§. 2. infrà, de bonor. possess.* Sed jure civili fieri potest, vel lege certâ; vt qui semel heres extitit, heres esse desinat: vt rescisso testamento querelâ inofficiosi testamenti, *l. in substitutione, ff. de vulg. & pupill.* rescinditur enim jure civili, vt bellissimè probat *§. 14. versic. testamento, infrà, hoc tit.* Idem quoque præstat in *hoc §.* lex Iulia majestatis eâ parte, quâ damnatur memoria perduellionis, *l. vlt. ff. ad l. Iuliam majest.* & in hanc rem hic locus est singularis.

* [8] SVVM HEREDEM ESSE, SED DESINERE] Regula juris est: qui semel heres, numquam desinit esse heres, *§. restituta, suprà, de fideicommiss. heredit. l. 88. ei qui, ff. de hered. instit.* nam cùm hereditatis aditio sit actus legitimus, *l. 77. actus legitimi, ff. de Reg. jur.* fieri non potest, vt actus legitimus privati cujusdam facto rescindatur. Et ita qui restituit heres remanet: & qui in jure cedit, vt docet Vlpianus in *Fragm, tit. 19*, & qui vendit, vt apparet ex toto titulo *de heredit. vel actione*

vendita, ff. & Cod. & qui abſtinet, heredis nomen non ponit, *l. 1. §. qui ſunt, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Perdit tamen officium ſuum, non ſine ratione; nam regula ita exaudienda eſt, vt nemo proprio ſuo facto, vt repudiatione, aut abſtentione, vel Prætoris auctoritate, deſinat eſſe heres: poſſit tamen legis auctoritate, cujus proprium eſt & heredem, & exheredem facere. In ſpecie autem *hujus* §. hoe facit lex Iulia majeſtatis, quæ in eos qui contra Imperatorem, vel Rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit, *§. publica 3. infrà, de public. judiciis, & toto tit. ad leg. Iul. majeſtat. ff. & Cod.* hoc quò, vt ait *l. 1. §. interdum, ff. de ſuis & legitim. hered.* id eſt quâ gratiâ; vt nec jura ſepulchrorum hic filius habeat, quod ſtatim in *d. §.* ſubditur, & maximè obſervandum eſt: nam cùm alicui vt indigno aufertur hereditas, jura tamen ſepulchrorum non adimuntur, *l. 33. ſi quis, ff. de relig. & ſumptib. funer.* quia heredis nomen nihilominus remanet. Quod tamen adimitur, in odium perduellionum, filio, & conſequenter jus ſepulchrorum, quod ſemper heredem ſequitur, *l. 5. & 6. ff. de relig. & ſumptib. funer.*

§. VI. Quum filius filiáve [9], & ex altero filio nepos neptíſve exiſtunt, pariter ad hereditatem avi vocantur: nec qui gradu proximior eſt, vlteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur [10], nepotes neptéſque in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptíſve ſit ex filio, & ex nepote pronepos proneptíſve, ſimul vocantur. Et quia placuit nepotes neptéſque, item pronepotes & proneptes in parentis ſui locum ſuccedere: conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes hereditatem dividi: vt filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluréſve nepotes alteram dimidiam. Item ſi ex duobus filiis nepotes neptêſve extant, ex altero vnus fortè aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad vnum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

Ex Caio lib. 2. inſtit. tit. 8. Vlp. l. 2. §. 2. de ſuis & legit.

* 9 CVM FILIVS, FILIAVE] Inter ſuos, & legitimos heredes differentias obſervanda eſt. Nam licèt omnes qui ſui ſunt ſint legitimi; non tamen vice versâ omnes qui legitimi ſunt, ſui ſunt continuò dicendi: quia non ſufficit eos eſſe in poteſtate, niſi & primum quoque gradum liberorum ſimul teneant, vt rectè oſtendit rubrica, *Cod. de ſuis & legitim. heredib.* in qua ſui liberi palam & disertè à legitimis diſtinguuntur. Nepotes enim quamdiu pater vivit, & in poteſtate eſt, legitimi quidem liberi avo ſunt, id eſt lege cogniti; non ſunt tamen ſui heredes, ideóque ad hereditatem non vocantur. Lex enim liberos ad ſucceſſionem non vocat vt liberos, niſi quatenus ſui ſunt; ſui autem heredes efficiuntur, ſublatâ è poteſtate perſonâ, quæ eſt in medio.

10 ÆQVVM ENIM ESSE VIDETVR] Hæc verba oſtendunt hoc eſſe receptum interpretatione prudentum, quod & nominatim Caius ſcripſit in *Fragmento quod extat in collatione leg. Moſaïcæ cum l. Rom. tit. de legitima ſucceſſione 16.* in hac enim linea ſuorum, filius qui proximior eſt, videbatur excludere debere nepotes ex altero filio defuncto. Quamvis enim ſint ſui, ſunt tamen vlterioris gradus ſui, & diverſo jure cenſebantur: in his enim neque inſtitutio, neque exheredatio fuit neceſſaria, & his præteritis avi teſtamentum inutile non erat, vt ſuprà vindicavi in *tit. de exheredat. liber.* ex Vlpiano *tit. 22. §. ex ſuis.* Idque ſine vlla dubitatione obti-

nuit ante *l. vlt. C. de liber. præteritis.* hujúsque veteris juris multa vestigia extant in Pandectis, & nominatim in *l. Gallus*, §. *in omnibus*, *ff. de liber. & postum.* Quod autem D. Cujac. hoc loco notat, nepotes hos cum patruis succedentes non esse suos, atque ita contingere, vt cum suo herede succedant non sui; videtur excidisse magno viro aliud agenti. Si enim nepotes sunt sui, quibus, vt Paulus ait *lib. 7. Sent. apud eumdem auctorem collationis legis Mosaicæ cum l. Rom. d. tit.* non obstant parentes proprii: consequens est & hos nepotes esse suos. Quia in hoc suitatis jure patruus quidem liberis propriis obstare potest, non autem fratris jam defuncti liberis, quamvis proximior sit, & in primo gradu suitatis constitutus: in gradu nempe filii, ad quem gradum, secundùm caput legis Velleæ redigit, vel transfert nepotes in secundo suitatis gradu constitutos; vt possint testamentum avi rumpere, in quo neque instituti, neque exheredati sunt, *l. Gallus*, §. *videndum*, & §. *seq. ff. de liber. & postum.* *l. postumorum*, *ff. de injusto rupto*, *l. 6.* §. 1. *ff. de heredib. instit.* *l. 2.* §. 1. *ff. de vulgari & pupill.* *l. si quis filium*, *C. de inoffic. testamento.*

In hac autem successione ab intestato, non succedunt nepotes in omne jus, nomenve filii sui, vt in secundo cap. legis Velleæ; id est non in totum rediguntur ad filii conditionem, vt loquitur *d. l. 6.* sed interpretatione prudentum, in secundo suitatis gradu constituti, vocantur in eamdem partem portionémve, quam filius habiturus erat: & ideo in stirpes dividitur hereditas, non in capita. Valde autem notandum est, quod traditum est in §. *& quemadmodum*, *infrà*, *hoc tit.* & in *l. 3. C. de suis & legitim. liberis*, legem XII. tab. evidenter nepotes vocare in locum filii jam defuncti; quia ita accepta fuit lex XII. tab. à prudentibus, quæ de suis loquitur nominatim, *l. 7. ff. de bonis damnator.* vt & remotiori gradu sui, cum proximioribus admittantur, nec in hac suorum linea proximus gradus vlteriorem excludat. Et hanc sententiam omnino confirmant hæc verba Caii in *d. Fragmento: Sed alia fuit juris interpretatio inter suos heredes*; vt, scilicet, proximior vlteriorem non excludat.

§. VII. Quum autem quæritur an quis suus heres existere possit: eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus est, & filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet[11]. quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. & hoc certum est.

Ex Papin. l. scripto vnde liberi.

[11] NEPOS AVO SVVS HERES EXISTET] Quod diligenter vindicat Papin. in *l. scripto*, *ff. si tabulæ testamenti non extabunt vnde liberi*, ad quam vide Cujac. in *quæstion. Papiniani.*

*[11] NEPOS AVO SVVS HERES EXISTET] Videtur secum pugnare Iustin. qui in §. 2. *vers. ita demum*, *suprà*, *hoc tit.* dixit nepotem ita demum avo suum existere, si eo vivo filius desierit esse in potestate: nam si per id tempus quo avus moritur, filius in potestate sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. In specie autem *hujus* §. cùm testator mortuus est, habebat filium in potestate: vnde videbatur dicendum, nepotem ex eo suum heredem avo existere non posse, quod summo, & stricto jure verum est. Benignâ tamen interpretatione hic nepos suus esse

censetur; ne propter nimium juris rigorem & asperitatem, avitâ successione defraudetur. Nam, vt eleganter Papinianus *l. 7. scripto, ff. si tab. testam. nulla extab.* si suus esse nepos hic negaretur; eâdem ratione proculdubio dicendum esset illum agnatum non esse, agnatum scilicet proximum, qualem eum esse oportet qui agnationis jure ad successionem à lege vocatur. Sicut enim pater in gradu suorum ei obstitisset, quia eum præcedebat tempore mortis avi, de cujus successione quæstio est; ita & in gradu legitimorum obesset propter eamdem rationem; quia esset proximior agnatus. Sic enim explicanda Papiniani ratio; quæ alioquin falsa esset, si cum D. Cujacio dicamus Papinianum asserere, nepotem non esse absolutè agnatum; quia non sit suus: nam, vt ostendimus in *præcedenti nota*, potest esse legitimus, quamvis non sit suus heres; sed proximior agnatus, aut suus heres esse nequit, quamdiu pater eum præcedit. In specie autem proposita eum præcedebat tempore mortis, vt diximus: meritò ergo dubitabatur, an vt suus posset admitti. Sed benignè receptum est, vt pater qui ex causa testamenti obesset, ab intestato afferre impedimentum non possit; cùm in eo qui testamento facto decessit, mortis tempus non sit spectandum, sed illud, quô certum est destitutum fuisse testamentum, quo tempore, in primo gradu invenitur nepos: quoniam quamdiu jacet hereditas, creditur defunctus vivere, illa enim sustinet personam defuncti, non heredis futuri, *§. servus autem, suprà, de hered. instit. l. 31. non minus, §. vlt. ff. de hered. instit.* & *l. 34. hereditas, ff. de acquir. rer. dom.* Cùm igitur deliberante instituto moritur filius, creditur pater ei supervixisse, & eum numquam in ea successione nepotem præcessisse: quia dici non potest filio vmquam delatam fuisse hereditatem, *l. 1. §. sciendum, ff. de suis & legitim.* quod & in specie *§. vlt. l. 2. post consanguineos, eod. tit.* obtinere propter eamdem rationem, rectè notat D. Cujacius, *lib. 18. Obs. cap. 12. Et hoc*, inquit Iustin. in *hoc §. certum est*: quæ verba indicant, non sine disputatione hoc fuisse receptum, & tandem post multas controversias obtinuisse.

§. VIII. Et licèt post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteàque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertóque postea avi testamento, suus heres non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem quum non sint quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

Ex l. 6. 7. & de suis & legitim.

§. IX. Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent. neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque vllo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem Vnde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Iraque duobus liberis extantibus, emancipato & qui tempore mortis in potestate fuerit: sanè quidem is qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est, solus suus heres est. sed

quum

quum emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur, evenit vt suus heres pro parte heres fiat.

§. X. At hi qui emancipati [12] à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modò, quum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec vnquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo, & quantum ad hunc, æquè extraneorum loco fiunt: & quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, vtrum ad liberos ejus, an ad adgnatos.

Ex l. vlt. vnde liberi.

Ex l. 2. eod.

* 12 AT HI QVI EMANCIPATI] Qui in adoptivi patris potestate est, eo tempore quo pater naturalis moritur, neque jure civili, neque Prætorio ad ejus successionem admittitur: quod jure civili inspecto mirum minùs videtur; cùm ei neque suus, neque agnatus sit, quos tamen solos lex XII. tab. vocat & agnoscit. Sed quod ad jus Prætorium attinet, maxima dubitandi ratio: Prætor enim solam naturalem æquitatem intuetur, & jus sanguinis, quod nullo jure civili dirimitur, *l. 8. jura, ff. de Reg. juris.* Nec qui desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii, filiæve, nepotes, neptésve esse, *§. minus ergo, hoc tit.* Prætor autem eos vocat non vt suos, sed vt filios naturali verbo liberorum, per bonorum possessionem vnde liberi. Vnde videbatur dicendum eos, si heredes esse non possent reclamante juris civilis subtilitate, saltem bonorum possessores fieri Prætoris beneficio, vt de emancipatis dicitur *§. emancipati, hoc tit.* Sed illis ratio naturalis obstat, natura enim non patitur, vt quis duos patres habere intelligatur: quæ ratio cessat in emancipato, qui in aliena familia non est; ideóque eis meritò Prætor succurrit.

§. XI. Minus ergo juris [13] habent adoptivi quàm naturales. Namque naturales emancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licèt jure civili perdunt. adoptivi verò emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætore non adjuvantur, & rectè: naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve, aut nepotes neptésve esse. adoptivi verò emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus noménque filii filiæve, quod per adoptionem consequuti sunt, aliâ civili ratione, id est, emancipatione deperdunt.

Ex Paulo l. 4. si tab. testam. nulla extab.

L. jura sanguinis de Reg. jur.

* 13 MINVS ERGO IVRIS] Plus præstare naturalibus veritatem naturæ, quàm adoptivis commentum adoptionis, apparet ex eo, quòd naturalibus eman-

cipatis datur bonorum possessio vnde liberi, quæ emancipatis adoptivis denegatur. Deinde, quòd naturalibus, qui per id tempus quo parens naturalis moritur in adoptiva familia sunt, si fuerint instituti datur bonorum possessio contra tabulas, committente edictum præterito; quia in totum extranei non sunt: quæ denegatur adoptivis etiam institutis, *l.* 8. *non putavit*, §. *in adoptionem*, *&* §. *seq. ff. de bonor. possess. contra tab.* Denique, quòd naturalibus, qui in adoptiva familia sunt tempore mortis patris, si fuerint postea emancipati detur bonorum possessio vnde cognati; ad quam adoptivi non admittuntur, §. *admonendi, hoc tit.*

§. XII. Eadem hæc observantur, & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque vt oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eam bonorum possessionem: eos verò qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minùs contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit; quia desinunt numero liberorum esse.

§. XIII. Admonendi tamen sumus, eos, qui in adoptiva familia sunt, qui post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint: intestato parente naturali mortuo, licèt eâ parte edicti, quâ liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur: aliâ tamen parte vocari, id est, quâ cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque adgnatus quidem vllus interveniat. Antè enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos: deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

§. XIV. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem [14] à nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant: & adoptione facilè per emancipationem solutâ, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura [15] ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitùs adoptio fuisset subsequuta: nisi in hoc tantummodo casu, vt possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque Prætorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnitâ, neque inofficiosi querelâ institutâ: quum nec necessitas patri adoptivo imponitur, vel heredem eum instituere, vel

exheredatum facere, vtpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in hujusmodi casu, neque quarta ei servatur, nec vlla actio ad ejus persequutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Vtroque enim jure tam naturali quàm legitimo, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias se dederit adrogandum. quæ specialiter & singillatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt collegi.

[14] ALIQVAM AVTEM EMENDATIONEM] Rectè aliquam, id est in his tantùm personis, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem dantur: nam in ceteris quæ sui juris sunt, nihil novâ Iustiniani constitutione fuit immutatum, §. 15. *versic. vtroque, hoc tit. l. pen. §. vlt. C. de adoption.* Ideoque hodie locum habet, quod suprà dictum est de filiis emancipatis, qui se dederunt in adoptionem, §. *at hi qui* 10. *hoc tit.*

* [15] INTEGRA OMNIA IVRA ITA SERVARI] Contrarium omnino videtur Iustinianus asserere in §. *sed hodie, suprà, de adoptionibus*, dum docet jura patris naturalis minimè dissolvi, nec quicquam ad patrem adoptivum transire; sed omnia jura illius intacta & illibata permanere. Nam hæc verba §. *nostri, Atque si in patris naturalis potestate permansisset.* & illa ejusdem Iustiniani in *l.* 10. *Cod. de adoption. Quasi non fuisset in alienam familiam translatus*, innuere videntur, filium non manere revera in patris naturalis potestate; sed in alienam familiam, adoptivi scilicet patris, transire: fictionem tamen hanc adhiberi, quasi non transierit, qui revera fuerit translatus. Sed dicendum hæc non esse contraria; nam aliud est de jure, aliud facto ipso filium in alienam domum fuisse translatum. Filius enim adoptivus, qui cum adoptivo patre in eadem domo degit, facto ipso in ejus domum, & familiam translatus est: jure tamen inspecto, cùm omnia jura patriæ potestatis divino nexu copulata, vt ait Iustinianus ipse, pater naturalis retineat; verum est dicere, nihil ad patrem adoptivum transiisse, sed omnia jura illius intacta remansisse. Deinde dici potest, filium adoptivum quodammodo transire in patris adoptivi potestatem, propter jus succedendi ab intestato quod nanciscitur; vocatur enim quasi suus ex ea parte, quâ sui, & qui in potestate & familia sunt, admittuntur: quod vt ratione aliquâ possit admitti, illum quodammodo suum patri adoptivo, & in familia, & in potestate illius esse, dicamus necesse est.

§. XV. Item vetustas[16] ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes, qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & juri adgnatorum eos anteponebat: nepotes autem qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes ex neptibus, cognatorum loco numerans, post adgnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quàm in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed quum nepotis & pronepotis nomen commune est vtrisque qui tam ex masculis quàm ex feminis descendunt: ideo eumdem gradum & ordinem successionis ei donaverunt. Sed vt amplius

aliquid fit eis, qui non solùm naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur: portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps, de quibus suprà diximus, paulò minuendam esse existimaverunt: vt minùs tertiam partem acciperent, quàm mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus, sive maternus quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur: iisque, licèt soli sint, adeuntibus, adgnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum [17] filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat: ita & Principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ, eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

[16] ITEM VETVSTAS] Summa ergo hujus tituli hæc sit: Legem XII. tab. vocare suorum nomine liberos in potestate constituros, cujuscumque gradus sint, id est etiam nepotes ex filio, quibus parentes non obstant: Prætorem emancipatos: constitutiones Principum nepotes ex filia.

* [17] ET QVEMADMODVM LEX XII. TAB.] Hæc verba videntur omnino evertere quod diximus suprà, nepotes, & neptes non ex lege XII. tab. ad successionem admitti, sed ex prudentum interpretatione, æquitate ita suadente. sicut & illud quod dicitur in *l. 3. de suis & legitim. liber. Cod.* evidenter lege XII. tab. cautum esse, vt intestati defuncti filius, ac nepos ex alio, qui mortis ejus tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris pariter succedant. Et præterea quod docet Vlpian. in *l. 6. §. nepotes, ff. de heredib. instit.* legem Velleam nepotes in secundo suitatis gradu constitutos, ad filiorum redegisse conditionem, id est ad primum gradum. Nam quod lege factum est, & ex verbis legis descendit, ad prudentum interpretationem non rectè refertur. Sed dicendum in *hoc* §. & in *d. l. 3.* id tribui legi XII. tab. quod verbis legis non est comprehensum, sed ex aperta mente illius à prudentibus constitutum est, & introductum: quandoquidem illud non minùs legitimum dicitur, quàm quod verbis legis est inductum, *l. 6. §. ult. ff. de verb. sign.* vt apparet evidenter ex *titulo de legitima pat. tutela, suprà.* Quod autem de lege Vellea diximus, ad testamentarias successiones est referendum; vt scilicet, nepotes præteriti possint avi testamentum rumpere, *l. 29. Gallus, §. videndum, & §. seq. ff. de liberis, & postum. l. 13. postumorum, ff. de injusto rupto, l. 34. si quis filium, Cod. de inoffic. testam.* qui jure antiquo gaudebant tantùm jure accrescendi, salvis juribus testamenti, vt docet Vlpianus in *Fragm. tit. 22.* & Iustinianus suprà, *tit. de exhered. liber.* At nos de successione ab intestato loquimur, in qua non succedunt in omne jus, noménque filii, id est non in totum rediguntur ad filii conditionem, vt loquitur *d. l. 6. §. nepotes*: sed in secundo suitatis gradu constituti, æquitate ita suadente vocantur in eam partem, & portionem, quam filius erat habiturus. Vnde eos non suo jure, & ex sua persona, sed alieno, patris nimirum cujus personam repræsentant, admitti apparet: nam si suo jure vocarentur, admitterentur in capita; qui in stirpes tantùm veniunt proprio jure destituti.

§. XVI. Sed nos quum adhuc dubitatio manebat inter adgnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti adgnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate: memoratam qui-

dem constitutionem à nostro codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus. Nostrâ autem constitutione promulgatâ, toti juri ejus derogatum est; & sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, & deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores iis habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundùm sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen, vt quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes & neptes, & alias deinceps personas: vt vtraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi, portionem sine vlla deminutione consequatur: vt si fortè vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor extent: vnus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

De legitima adgnatorum successione.

CAPVT II.

SI nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes Prætor, vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur[1]: tunc ex lege duodecim tabularum ad adgnatum proximum pertinet hereditas.

[1] QVI SVCCESSIONEM QVOQVO MODO AMPLECTATVR] Successionem scilicet intestati, de qua quæritur in hoc tractatu; vt, quod pace magni viri dictum sit, omnino malè posterior nota adnotasse videatur, *ex testamento, vel ab intestato:* quo enim modo fieri potest, vt ex testamento amplectatur quis intestati successionem. Sed rectum est quod ex Accursio subjicit, *civili jure, vel Prætorio.* civili jure heres fit ex XII. tabulis; Prætorio, bonorum possessione, petitâ, puta, à Prætore bonorum possessione vnde liberi. Et vt habeamus perfectam interpretationem horum verborum, *quoquo modo*; addere licet, vel repudiatâ bonorum possessione vnde liberi, & admissâ bonorum possessione vnde legitimi. Hoc enim casu suos reliquis agnatis obstare constat ex *l. 2. ff. vnde legitimi.*

§. I. Sunt autem adgnati[2], vt primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt, qui & consanguinei[3] vocantur: nec requiritur an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Quâ ratione etiam ad plures gradus adgna-

tionis pervenire poterimus. Ii quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem: sed iis qui tunc proximiore gradu sunt, quum certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse.

*[2] SVNT AVTEM ADGNATI] In definitione agnatorum non videntur Iurisconsulti consentire, nam Vlp. *in Fragm. tit.* 11. *de tutelis*, agnatos esse dicit, à patre cognatos virilis sexus, per virilem sexum descendentes: quibus verbis manifestè feminas ab agnatorum ordine excludit. Quod confirmat in *l.* 2. §. *agnati, ff. de suis & legitim. hered.* dum agnatos definit, cognatos virilis sexus ab eodem ortos. Attamen Iustin. in *tit. de legitim. agnat. tutela, suprà*, agnatos esse ait, cognatos per virilis sexus cognationem conjunctos, quod confirmat in *hoc* §. quibus verbis feminas quoque comprehendit; sicut & Iurisconsultus in *l. vlt.* §. 1. *ff. de gradib. & affinib.* Sed observandum agnatos definiri, aut generaliter, aut pro ratione subjectæ materiæ. Vlpianus in *d. tit.* 11. agnatos definit ratione tutelæ, ideóque feminas excludit; quia tutela virile officium est, *l. 16. tutela, l. vlt. ff. de tutel. l.* 2. *feminæ, ff. de Reg. jur.* Vt in *l.* 2. §. *agnati, ff. de suis & legitim. heredib.* ratione legitimæ successionis agnatos definit: at nullæ feminæ, quantumvis agnatæ, vltra consanguineas, ad legitimam hereditatem vocabantur, vt docet Iustin. §. *ceterum, hoc tit.* & ideo cùm de legitimis hereditatibus hoc titulo ageretur, solius virilis sexus fecit Vlpianus mentionem. Iustinianus agnatos generaliter definivit; & ideo in definitione feminas, quæ agnatæ quoque sunt cùm per masculos nos contingunt, complectitur.

[3] QVI ET CONSANGVINEI VOCANTVR] Hi primum gradum inter agnatos obtinere, & post suos vocari dicuntur, in *l.* 1. §. *post suos, ff. de suis & legitimis heredib.* ex jure illo consanguinitatis, quod agnationis species dicitur, §. 3. *versic. eâdem ratione, infrà, de success. cognat.* Hoc autem jus interpretatione prudentum nemo non videt inductum fuisse inter eos fratres, qui, vt Caius ait, ex eodem sanguine procreati sunt, id est ex eodem patre, quamvis ex matre diversa. Hi & germani dicuntur duobus locis *hujus tit.* Arnobius *adversus gentes: Picus, & Iupiter germanitatis sibi sociati sunt jure.* vtpote vno ex semine, vnóque ex sanguine procreati: vt passim dicere liceat jus consanguinitatis, & jus germanitatis.

§. II. Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex ceteris adgnatis tuis: veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatos inter suos esse non dubitatur.

§. III. Ceterùm inter masculos quidem adgnationis jure hereditas etiam longissimo gradu vltro citróque capitur. Quod ad feminas verò ita placebat [4], vt ipsæ consanguinitatis jure tantùm capiant hereditatem, si sorores sint: vlteriùs non capiant. masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodiùs videbatur ita jura constitui, vt plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sanè iniquum erat in vniversum eas, quasi extraneas, re-

pelli: Prætor eas ad bonorum poſſeſſionem admittit eâ parte, quâ proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur. ex qua parte ita ſcilicet admittuntur, ſi neque adgnatus vllus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: ſed ſimplicitatem legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes adgnatos, ſive maſculos ſive feminas cujuſcumque gradus ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem juriſprudentia, quæ erat lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, ſubtilitate quâdam excogitatâ, præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à ſucceſſione adgnatorum repellebat, omni aliâ ſucceſſione incognitâ: donec Prætores paulatim aſperitatem juris civilis corrigentes, ſive quod deerat implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis edictis addiderunt: & cognationis lineâ proximitatis nomine introductâ per bonorum poſſeſſionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ Vnde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum ſequentes, & ejus veſtigia in hac parte conſervantes, laudamus quidem Prætores ſuæ humanitatis, non tamen eos in plenum cauſæ mederi invenimus. Quare etenim vno eodémque gradu naturali concurrente, & adgnationis titulis tam in maſculis quàm in feminis æquâ lance conſtitutis: maſculis quidem dabatur ad ſucceſſionem venire omnium adgnatorum, ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus, niſi ſoli ſorori, ad adgnatorum ſucceſſionem patebat aditus. Ideo in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eamdem diſpoſitionem exæquantes: noſtrâ conſtitutione ſanximus omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes, ſive maſculini generis, ſive feminini ſint, ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari ſecundùm ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura [5], ſicut germanæ, non habent.

[4] QVOD AD FEMINAS VERO ITA PLACEBAT.] Mediæ juriſprudentiæ Iuriſconſultis, *verſic. media*, qui poſt legem XII. tab. & veterum prudentum ad eamdem legem interpretationem, quæ plerumque legis XII. tab. nomen retinet, ex ſententia legis Voconiæ, quæ vt conſtat ex notiſſimis M. Tullii, & D. Auguſtini locis, feminarum inſtitutionem prohibuit; earum quoque ab inteſtato ſucceſſiones ita coërcendas eſſe exiſtimarunt, vt vltra conſanguineas agnatis ſuccedere non liceret. Quod ex elegantiſſimis Pauli verbis *lib. 4. Sententiarum tit. de inteſtatorum ſucceſſionibus* colligere licet, vindicatâ verâ lectione, quam veteres libri, teſte D. Cujacio, retinent. *Idque jure*, inquit, *civili, Voconiana ratione videtur effectum*. Legem Voconiam ne verbum quidem feciſſe de inteſtatorum ſucceſſione ſatis conſtat, ex multis locis jam collectis à viris doctiſſimis, quorum ſcrinia non ſoleo compilare. Sed feminarum inſtitutiones diſertis verbis prohibuiſſe, *ne*, vt vetus auctor loquitur, *inflata nimiâ habentiâ, impotentis ſexus fragilitate omnia ſus deque habeant*, quod & graviſſimâ oratione ſapientiſſimus Rom. M. Cato ſuaſit, vt Gellius docet. hác-

que ratione freti Iurisconsulti, qui post legem Voconiam floruerunt, cœperunt feminarum successiones ab intestato coërcere. Quod jus longo vsu obtinuit tandem, ideóque dicitur à Paulo jus civile; quia hæc juris pars cùm careat proprio, communi nomine appellatur, vt rectè docet Theoph. *in princip. tit. de acquisitione per adrogationem*. Specialiter ergo jus civile dicitur & jus illud antiquum, quod paulo post legem XII. tab. interpretatione prudentum conditum fuit, *l. 2. §. his legibus, ff. de orig. jur.* & quod deinceps prudentum mediæ ætatis auctoritate, & ex vsu & tritura fori tandem obtinuit, vt D. Cujac. docuit ad *d. §. his legibus*. Hoc autem jus apparet medium esse inter illud vetustissimum, & novum quod constitutiones posteriorum Principum introduxerunt; & ideo eleganter hoc loco dicitur esse ex media jurisprudentia; vel vt Paulus loquitur, ex medio jure civili, quod ex sententia, & ratione legis Voconiæ receptum fuit. Eâdémque formâ bellissimè dicere possum, jure civili Falcidianâ ratione effectum esse, vt filio detur quarta ad excludendam querelam inofficiosi testamenti; quia prudentes induxerunt Falcidiam, quæ penes heredem testamento scriptum quadrantem manere voluit, ad filium, quem naturalis ratio ad parentum hereditatem vocat, vt suprà docui diligentiùs in *tit. de inofficioso testamento*.

* 4 QVOD AD FEMINAS VERO ITA PLACEBAT] Lege Voconiâ introductum fuisse docet D. Cujac. *in Paratit. Cod. de legitim. hered.* vt feminæ ad legitimas hereditates vltra consanguineas non admitterentur: ideóque apud Paulum *lib. 4. Sent. tit. 8.* sic legendum, *idque jure civili Voconianâ rogatione id videtur effectum*. Illâ enim erat cautum, ne quis census, vltra quadrantem feminam heredem institueret: quâ ratione hereditates mulierum coërcebat, ne ditescerent; ac se proinde elatæ æquarent viris. Sed verius est asserere hoc ex jure civili, id est prudentum interpretatione, descendere, quæ juris civilis generale nomen proprium sibi fecit; cùm id ad mediam jurisprudentiam referat Iustinianus, in *hoc §. versic. media, hoc tit.* quæ subtilitate quâdam excogitatam illam differentiam induxit. Quod etiam judicat Paulus in *d. loco*, si vulgatam & receptam lectionem retineamus, quam etiam D. Cujacius agnoscit; & legamus, *Voconianâ ratione* id effectum fuisse, id est non lege ipsa Voconiâ, quæ feminarum institutiones tantùm coarctabat, & de intestatorum successionibus non loquebatur; sed ratione ductâ ex ipsa lege Voconia. Prudentibus enim æquum visum est, propter eamdem rationem, ne feminæ inflatæ nimiâ habentiâ, impotentis sexus fragilitate omnia sus deque haberent, quod erat introductum in testamentariis successionibus, ad successiones ab intestato extendere; & similiter eas angustissimis finibus concludere, vt feminæ ad hereditates agnationis jure non admitterentur, sed consanguinitatis tantùm, si sorores essent; quod Iustinianus sustulit, qui in *l. pen. Cod. de legitim. heredibus*, jus antiquum restituit.

* 5 QVIA CONSANGVINITATIS IVRA] Consanguinitas in jure civili, sicut apud probos auctores, est fraternitas; vt pluribus probat D. Cujac. *lib. 11. Observat. cap. 26.* attamen in *l. 44. si is qui, ff. de adoption.* patrueles, id est fratrum filii, consanguinei dicuntur; qui tamen fratres non sunt. Cujus appellationis non aliunde petenda ratio videtur, quàm quòd & ipsi fratres appellantur; dicuntur enim vulgò fratres patrueles. Vno autem loco in jure civili, generaliter, & latissima significatione consanguinei dicuntur etiam cognati, *l. vn. C. de imponenda lucrat. descript.* sed is singularis locus est ejus temporis, quo & linguæ, & juris elegantia pessum jam ire cœperat. Consanguinei ergo regulariter in jure definiuntur, qui sanguine inter se conjuncti sunt; id est fratres, sororésve ex eodem patre, etiamsi

matre

matre diversâ, *l. 1. & 3. Cod. de legitim. heredib.* quod videtur receptum ex sententia Peripateticorum, qui existimarunt nullam per feminas sanguinis, id est seminis, communionem posse contingere. Quæ tamen opinio à ceteris explosa est, qui contrariam sententiam sequuti sunt; quam comprobarunt juris Pontificii conditores, vt apparet ex rubrica *de consanguinitate & affinit. extra.* in qua consanguinei dicuntur generaliter omnes, tam agnati, quàm cognati. Imò & Iurisconsulti nostri sanguinem, non solùm pro necessitudine agnatorum dixerunt, sed etiam pro cognatione tota, *l. 2. ff. vnde cognati, l. 8. ff. de Reg. juris*; vt ex vtroque parente sanguinis necessitudinem contingere significent. In vsu tamen juris consanguinei dicuntur, fratres, & sorores ex eodem patre: non tam ex vi ipsius verbi, quàm vt singulæ necessitudines propriis appellationibus distinguantur.

§. IV. Hoc etiam addendum constitutioni existimavimus, vt transferatur vnus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem: vt non solùm fratris filius & filia, secundùm quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis vterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ vnà cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab vtroque latere succedant: tamquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet vbi frater & soror superstites non sunt [6]. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non ad stirpes, sed in capita dividendâ.

[6] . VBI FRATER ET SOROR SVPERSTITES NON SVNT] Sive consanguinei sint, & primum gradum inter agnatos jure consanguinitatis obtineant; sive vterini tantùm sint, quod ex constitutione Iustin. supplendum est in nota Cujacii, *l. vlt. §. sed nec fratrem, C. de legitim. hered.* Nam si filius sororis vterinæ ex gradu cognatorum, ad gradum agnatorum *d. constitutione* transfertur; & sororem ipsam, id est matrem quæ gradu præcedit filium, ad eumdem gradum transferri necessum est.

§. V. Si plures sint gradus adgnatorum, apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratiâ) sit defuncti frater [7], & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero vsa lex proximum vocet: tamen dubium non est, quin & si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intellegitur: & tamen non dubium est, quin, licèt vnus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas.

[7] SI VERBI GRATIA SIT DEFVNCTI FRATER] Ex verbis leg. XII. tab. in hac agnatorum linea proximior vlteriorem excludit; quia nominatim proximus agnatus vocatur. *Aliud*, inquit Caius, *facit in suis juris interpretatio*, quæ æquum esse existimavit, nepotem suum in vlteriori gradu constitutum vocari in locum, & partem defuncti patris.

§. VI. Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam

decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem exstiturum. tunc enim propriè quisque intestatò decessisse intellegitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, vt, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

§. VII. Placebat autem[8] in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse[9]: id est, vt quamvis proximus, qui, secundùm ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit: nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes non in totum sine adminiculo relinquebant: sed ex cognatorum ordine eos vocabant, vtpote adgnationis jure eis recluso. Sed nos nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostrâ constitutione quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, sanximus successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: quum satis absurdum erat, quod cognatis à Prætore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum: maximè quum in onere quidem tutelarum & proximo gradu deficiente, sequens succedit, & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

* [8] PLACEBAT AUTEM] Regulam juris esse licet conjicere ex verbo *placebat*, quo plerumque regulæ, & placita prudentum in jure significantur. Cujus hanc rationem reddit Paulus; quia omnis legitima successio proximiori defertur, his verbis XII. tab. ab Vlpiano relatis *in Fragm. tit. 26. Si intestatò moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* quibus, vt docet Iustin. in §. *si plures, hoc tit.* cùm plures sunt gradus agnatorum, lex XII. tab. apertè proximum vocat. Proximum autem prudentes interpretati sunt illum esse, qui tempore mortis esset proximus; cùm nullo facto testamento mortuus esset is, de cujus successione quæritur. Cùm autem testamentum fecisset, qui primus, & proximus inveniretur eo tempore, quo destitueretur testamentum, & neminem ex eo fore heredem constaret: cui regulæ locum fuisse in suorum successione, docet Vlpianus in *l. 1. §. sciendum, ff. de suis & legitim. heredib.* & in legitima successione patronorum, nova Iustiniani constitutio, quæ est *l. 4. Cod. de jure patron.* restituta à Cujacio *lib. 20. Obs. cap. 34.* cui non obstat *l. 2. de bonis libert. ff.* in qua repudiante patrono liberi ejus admittuntur; quoniam hoc non jure civili, sed Prætorio fit; agitur enim de bonorum possessione, quæ patrono ex edicto datur. Prætor autem successionem induxerat, vt docet hîc Iustinianus; quæ ratio eum commovit, vt idem in legitimis successionibus admitteret, quod Prætor in honorariis; præsertim cùm esset iniquum, vt quod obtinebat in onere tutelæ, non haberet locum in successione hereditatis.

[9] SUCCESSIONEM NON ESSE] In linea agnatorum non fuit admissa successio à persona in personam, vt Accursius noster loquitur; quia lex XII. tab. ex

pluribus gradibus proximum tantùm vocat, §. *nam & propriè, hoc tit.* Rectè autem D. Cujac. notat hoc jus à Iustiniano emendatum fuisse, *l. 4. C. de bonis libertor.* id est constitutione Græca, cujus synopsim dedit *l. 20. Obs. cap. 34.*

§. VIII. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens[10], qui contractâ fiduciâ filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, vt emancipationes liberorum semper videantur contractâ fiduciâ fieri. quum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contractâ fiduciâ parens manumisisset. *L. vlt. Cod. de emanc. lib.*

[10] VOCATVR ETIAM PARENS] Intelleximus suos præferri agnatis, id est descendentes collateralibus, qui jus agnationis habent. In hoc verò §. *vlt.* docet ascendentes, id est parentes qui liberos emanciparunt, objici agnatis; vel jure veteri, si manumissores extiterint; vel *d. l.* 4. omnimodo, quia finguntur semper manumisisse. Et hoc est quod ait, *ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens*, id est quamvis concurrentibus agnatis. Vocatur enim ex lege XII. tab. tamquam patronus, quem legitimum esse constat. vt in *titulo sequenti* mater vocatur ex senatusconsulto Tertylliano, tamquam legitima.

De senatusconsulto Tertylliano.

CAPVT III.

LEx duodecim tabularum ita stricto jure vtebatur[1], & præponebat masculorum progeniem: & eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeò expellebat, vt ne quidem inter matrem & filium filiámve vltro citróque hereditatis capiendæ jus daret: nisi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione Vnde cognati accommodatâ, vocabant.

[1] ITA STRICTO IVRE VTEBATVR] Quia ex lege XII. tab. vocantur tantùm sui, & agnati: qui verò per feminini sexus necessitudinem junguntur, omnino sunt legi XII. tab. incogniti. Sed his Prætor subveniebat datâ bonorum possessione *vnde cognati*, quæ competere non potest nisi deficientibus suis, & agnatis.

§. I. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius[2] matri ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

[2] PRIMVS QVIDEM D. CLAVDIVS] Rectissimè D. Cujac. *ex indulgentia personali*; vt hoc fit notatu dignum exemplum specialis rescripti, quod personam non transgreditur. Cujus simile habuimus in §. 5. *versic. sciendum, suprà, de heredum qualitate & different.*

§. II. Postea autem senatusconsulto Tertylliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri[3], non

etiam aviæ deferenda cautum est: vt mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarúmve admittatur intestatò mortuorum, licèt in potestate parentis est: vt scilicet, quum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subjecta est [4].

[3] DE TRISTI SVCCESSIONE MATRI] Parentes ad filiorum successionem, quod notandum, sola ratio miserationis admittit, *l. scripto, §. vlt. ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt vnde liberi,* & ob id ipsum dicitur luctuosa & tristis, *l. vlt. C. de institut. & substitut. l. vlt. C. communia de successionib.*

[4] CVIVS IVRI SVBIECTA EST] Notat hoc loco Accursius noster, matrimonio non solvi patriam potestatem. Quod hodie certissimum est, sublatâ omni in manum conventione; hac enim interveniente, jure veteri, sive farre, sive vsu, sive coëmptione vxor conveniret in manum; maritus in patris locum, vxor non in matrimonium tantùm, sed in familiam potestatémque mariti, & in sui heredis locum veniebat, vt Caius noster docet in illo Fragmento sæpe à me laudato. Et ideo vxor à Servio in illud Virgilii 4. *Æneidos,*

Liceat Phrygio servire marito,

dicitur sustinere conditionem liberæ servitutis. Quæ omnia Accursio fuere incognita, sublatâ à Triboniano omni conventione in manum: cujus effectum, vel eodem Accursio teste, Longobardorum leges retinuisse videntur, ex quibus vxor est in potestate mariti, nec sine auctoritate mariti contrahere, vel legitimam personam standi in judicio habere potest. Et hoc quoque jure hodie vtimur in iis Galliæ provinciis, quæ jure municipali reguntur. Sed nominatim Iohannes Faber hoc loco notat, ex generali consuetudine regni Franciæ, mulierem quidem transire in potestatem viri; sed tamen remanere potestatem patris. quod ita accipiendum est, vt in iis provinciis, quæ jure scripto populi Romani reguntur; & in iis, quibus expressâ lege municipali sancitum non est, matrimonio solvi patriam potestatem, remaneant hujus consuetudinis certissima vestigia.

§. III. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quíve suorum loco sunt, sive primi gradus, sive vlterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius [5] vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater quoque vtriusque [6], non etiam avus aut proavus matri anteponitur, scilicet quum inter eos solos [7] de hereditate agitur. Frater autem consanguineus [8] tam filii quàm filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis honorata: frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratris & sororis.

*[5] SED ET FILIÆ SVÆ MORTVÆ FILIVS] Matri præferuntur sui, & qui suorum loco sunt, quorum prima & præcipua in successione ab intestato causa. Sed cùm agebatur de successione feminæ, quæ suos heredes non habet; cùm in potestate filios non habeat, §. *feminæ, suprà, de adoption.* an filii illius præferentur matri defunctæ, id est aviæ suæ, meritò potuit dubitari. Cùm enim filii essent tantùm cognati matri, mater autem defunctæ, ex Tertylliano quasi agnata admitteretur;

videbatur dicendum aviam esse præferendam nepotibus. Sed post senatusconsultum Orphitianum, ex quo filii quasi agnati ad matris successionem vocantur; inter illos, & matrem defunctæ pugna esse poterat, an Tertyllianum Orphitiano, vel contrà cederet. Id autem dissidium constitutionibus sedatum est, quibus cautum, vt filii matri defunctæ, id est aviæ suæ, præponerentur: favorabilior enim est & potior descendentium, quàm ascendentium successio; cùm ad tristem, & luctuosam successionem, quæ turbato ordine mortalitatis contingit, parentes sola miserationis ratio admittat; liberos autem naturæ simul & parentum commune votum, *l. 15. nam & si, ff. de inoffic. testam.* & *l. 7. scripto, §. vlt. ff. si tab. testam. nullæ extab.*

* 6 PATER QVOQVE VTRIVSQVE] Pater propter sexus prærogativam, & patriæ potestatis vinculum, semper præfertur matri; si manumissor extiterit, jure civili; si non extitit, ex Prætoris edicto vnde decem personæ, *l. 10. si ad patrem, ff. de suis & legitim. hered.* cùm scilicet inter eos solos de successione quæstio est: quoniam si avus manumissor extiterit, potior est illius causa, ne sequatur reciprocatio inextricabilis, de qua in *l. 5. §. fin. ff. hoc tit.* quam eleganter D. Cujac. explicat in notis suis ad *hunc tit.* ad *l. 16. Claudius, ff. qui potiores in pign.* & *lib. 3. quæst. Pauli, in recitat.*

7 CVM INTER EOS SOLOS] Hoc ita constitui necessum fuit, ne sequeretur reciprocatio inextricabilis: nam vt Paulus eleganter tractat in *l. æquissimum, §. fin. ff. hoc tit.* si dicamus in hoc concursu avi, patris, & matris, matrem excludere avum ex senatusconsulto; contra matrem statim inducendus erit pater ex edicto Prætoris, quod dat bonorum possessionem vnde decem personæ, & cessabit senatusconsultum Tertyllianum, *l. 10. ff. de suis & legitimis.* Hoc autem cessante rursus avus vocabitur: nam adversus avum pater bonorum possessionem cum re habere non potest; quia præfertur extraneo manumissori, non avo qui manumissor extitit, *§. 3. versic. tertio, infrà, de bonorum possess.* Et ita obiter est explicandus Vlpiani locus, *lib. Reg. tit. de legitim. heredib. §. vlt.* patrem excludere senatusconsultum Tertyllianum, & præferri omnibus; si ad eum bonorum possessio cum re pertineat, quam scilicet impetravit adversus extraneum manumissorem. Nam si avus manumissor extiterit, vt in hac specie, bonorum possessio erit sine re avo vivente, adversus quem rursus mater agere poterit, & ita in infinitum funem hujus contentionis reciprocabimus. Itaque rectius esse Paulus ait, avo suum jus conservare, quem vel hac ratione parte potiorem esse convincit; quia contra scriptos heredes avus bonorum possessionem accipere potest, id est bonorum possessionem contra tabulas, si præteritus sit; quæ bonorum possessio jure manumissionis competit manumissori, *l. filio, §. vlt. ff. de inoffic. testamento, l. si à milite, ff. vlt. ff. de testamento milit.* quæ omnia diligenter notanda sunt, ne fortè vos decipiat in *d. lege æquissimum*, insulsum commentum Viviani nescio cujus, qui totum jus civile ineptis casibus conspurcavit.

* 8 FRATER AVTEM CONSANGVINEVS] Hic est successionis ordo, vt consanguinei ceteris agnatis præferantur, & ideo fratres consanguinei matri præferuntur; quia mater quasi agnata ex senatusconsulto Tertylliano vocatur: quæ ratio videtur manca, cùm sorores consanguineæ non excludant matrem, sed pariter admittantur. Sed hoc erat receptum; quia, vt dixit suprà Iustinian. in *præcedenti tit.* commodiùs videbatur ita jura constitui, vt ad masculos potiùs, quàm ad feminas confluerent hereditates: & in multis articulis deterior esset feminarum conditio, quàm masculorum, *l. 9. in multis, ff. de statu hom.*

§. IV. Sed nos constitutione, quam 9 in codice nostro nomine de-

Nn iij

corato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus: respicientes ad naturam & puerperium, & periculum, & sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Idcóque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immeritò defraudabatur successione suorum liberorum. quid enim peccavit si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, & si non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantùm vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, vt & sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

[9] CONSTITVTIONE QVAM] Sciendum est hanc constitutionem, quam integram vnóque tenore dederat Iustin. in priori codice, ad quem nos remittit hoc loco; in codice novo, quo hodie vtimur, in duas partes fuisse divisam; vt observare licet ex subscriptionibus. Prima pars extat in *l. 2. C. de jure liberorum*, secunda in *l. vlt. C. hoc tit.* quâ abrogantur *l. 1. 2. & penult. C. Theod. de legitim. hereditatib.* quæ matri jus liberorum non habenti successionem ex triente tantùm deferebant, agnatis relicto besse: & per contrarium ei quæ jus liberorum habebat, bessem dabant, agnatis relicto triente, patruo scilicet, & fratris filio: & hoc est quod *infrà* ait, *certis personis.* Sed hanc diminutionem hoc loco prohibet, & in *d. l. vlt.* & præfert matrem omnibus agnatis, exceptâ fratris, vel sororis personâ. Ita tamen, vt si solæ sint sorores, dimidiam mater, alteram dimidiam sorores habeant: concurrentibus autem fratribus solis, vel cum sororibus; viritim, & in capita distribuatur hereditas.

§. V. Sed quum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, & non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est rectâ & simplici viâ matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine vlla deminutione filiorum suorum successionem accipere: exceptâ fratris & sororis personâ, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes: vt quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores, sive legitimi sunt sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen, vt si quidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint: dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

§. VI. Sed quemadmodum [10] nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quòd si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint:

ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur.

* 10 SED QVEMADMODVM] Mater debet necessariò petere tutores filiis suis, ex constitutione Severi: alioqui legitimâ successione privatur, ob desertam pietatem, *l.* 2. §. *quæ autem, ff. qui petant tutor. l.* 3. 6. 8. *& vlt. Cod. eod.* legitimâ, inquam; quoniam illâ quæ ex alieno judicio descendit non privatur, *l.* 4. §. *hæc autem ff. eod.* At si minor 25. annis sit, quamvis per errorem juris cessaverit, auxilium restitutionis in integrum petere potest, *l.* 2. *C. si advers. delictum.* Hæc autem pœna sequentibus constitutionibus fuerat exasperata; quoniam matri infamia irrogabatur, & intestata mori cogebatur: quod tamen novellâ constitutione Theodosii *de tutorib.* sublatum est; qua de re videndus est Anianus ad *Novell. Theodosii*; & Papianus *lib. respons. tit.* 36.

§. VII. Licèt autem vulgò quæsitus sit filius filiáve: potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano senatusconsulto admitti.

De senatusconsulto Orphitiano.

CAPVT IV.

PER contrarium autem vt liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphito & Rufo Consulibus effectum est, quod latum est divi Marci temporibus: & data est tam filio quàm filiæ legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sunt: & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

§. I. Sed quum ex hoc senatusconsulto [1] nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur: postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, vt ad similitudinem filiorum filiarúmque & nepotes & neptes vocentur.

1 SED CVM EX HOC SENATVSCONSVLTO] Custodirè detulit senatusconsultum Orphitianum successionem matris filio, filiæve; vt senatusconsultum Tertyllianum successionem filii matri, naturalibus, non civilibus nominibus, vt nominatim Iurisconsultus ait in *l. tutelas, ff. de capite minutis.* Ideóque non potuit interpretatio prudentum vltra personas adeò expressis, & naturalibus nominibus designatas deferre successionem. Et ita, nec ex Tertylliano avia succedebat, nec ex Orphitiano nepotes admitti potuerunt: & vt admitterentur, necessariæ fuerunt constitutiones Principum, ad quas videtur respexisse Modestinus, in *l. Modestinus, ff. vnde cognati*, cùm ait, non ideo minùs succedere nepotes aviæ, quòd sint vulgò quæsiti: inductâ enim ex constitutionibus hac successione nepotum, dubitari poterat de nepotibus vulgò quæsitis. Solet enim Modestinus, quem constat pervenisse ad tempora Gordianorum, *l.* 5. *C. ad exhibendum*, ex jure novo vetustioribus Iurisconsultis incognita pleraque afferre.

* 1 SED CVM EX HOC SENATVSCONSVLTO] Cùm Vlpianus in *Fragm. tit.* 26. quando de vtroque senatusconsulto loquitur, filii tantùm mentionem faciat; & Paulus in *l.* 7. *tutelas, ff. de cap. minutis*, senatusconsulta matri, & filio

deferre hereditatem custoditè afferat: quidam affirmare non dubitarunt filios tantùm vocatos fuisse, sed per interpretationem, vel per constitutiones, ad filias quoque illa fuisse producta. Quod tamen non ita certum, cùm indistinctè tam filiæ, quàm filii, in vtroque Iustin. mentionem fecerit: sed in nepotibus, & neptibus, est extra omnem dubitationem, ex *l.* 11. *si matre, Cod. de suis & legitim.* & *hoc* §. Ex quo observandum est verissimum esse quod diximus, faciliùs liberis parentum hereditates, quàm liberorum parentibus deferri: cùm ad similitudinem filiorum filiarúmque, nepotes & neptes ad successionem aviæ, Principum constitutiones vocaverint; & tamen idem aviæ non concesserint in successione nepotum. Quam juris asperitatem, seu iniquitatem tandem Iustin. emendavit, *Nov.* 118. *de hered. ab intest. venient.* §. *si quis igitur*, & §. *si igitur collat.* 9. in qua non aviam modò, sed & superiores omnes vtriusque sexus parentes; & liberos in infinitum ad mutuam inter se successionem admisit.

§. II. Sciendum autem est hujusmodi successiones, quæ à Tertylliano & Orphiriano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, quâ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur[2].

[2] SED ILLÆ SOLÆ QVÆ EX LEGE XII. TAB. DEFERVNTVR] Quia lex XII. tab. vtitur civilibus suorum, & agnatorum nominibus, quæ capitis minutione amittuntur: hæc verò senatusconsulta nominibus naturalibus, quæ civilis ratio perimere non potest, *d. l. tutelas.* Hanc autem regulam ipso jure civili locum habere in hereditate, quæ lege XII. tab. defertur patrono, *suprà, lib.* I. *tit. quibus modis tutela finitur*, certissimis argumentis confirmavi.

§. III. Novissimè sciendum est etiam illos liberos qui vulgò quæsiti sunt ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.

§. IV. Si ex pluribus[3] legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quò minùs adeant: reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio: & licèt antè decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet. *Ex Mart. l. si ex pluribus de suis & legitim.*

[3] SI EX PLVRIBVS] Proponitur in *hoc* §. elegans regula juris tradita à Martiano, in *l. si ex pluribus, ff. de suis & legitim. heredib.* Et à Paulo §. *vlt. tit. de intestator. successionib. lib.* 4. *Sentent.* restitutâ lectione ex nota D. Cujacii. In hac intestatorum successione inter legitimos heredes esse locum juri accrescendi; id est portionem heredis deficientis, qui noluit adire vel non potuit, accrescere portioni aditæ, ideóque transmitti in heredes; quia hoc jus accrescendi reale est, non personale; *l.* 33. *in fine, ff. de vsufr.* aliámque esse causam heredis scripti, & coheredis substituti: hic enim hereditatem non aditam ex substitutione non potest transmittere ad heredes, ex certa regula juris, cujus meminit D. Augustinus *lib.* 2. *de doctrina Christiana*: *Neque vllo jure*, inquit, *ad heredes trajiceret, quod numquam viva possederat.* Ratio differentiæ perspicua est. jure accrescendi portio deficiens recurrit ad portionem aditam, etiam invitâ personâ ad quam pertinet adita portio: substitutio verò defertur certæ personæ, ex expressa voluntate testatoris; & potest qui substitutus est adire, vel repudiare. Si igitur deficiat ante substitutionis eventum, non potest transferre jus, quod numquam ei delatum, vel acquisitum fuit. Aliud tamen

tamen obtinet auctoritate rerum judicatarum in suis heredibus, qui jure, quo hodie vtimur in foro, spem substitutionis ad heredes suos transmittunt. Idque obtinuisse dicitur auctoritate glossæ in *l. is cui, ff. de oblig. & action.* & argumento *l. vnic. C. de his qui ante apertas tab.*

Quod autem Cujacius hoc loco notat, in testamentariis heredibus, quod attinet ad jus accrescendi, idem esse dicendum ex antiquo jure, & novissimo, non medio jure quod ex lege Iulia & Papia obtinuit; quasi omnino, & indistinctè heredibus scriptis, non autem legitimis hæ leges Caducariæ auferant, quod latiùs vindicare tentavit *lib. 12. Obs. cap. 11.* vir magnus meritò retractasse videtur in recitatione quadam ad *l. hac scriptura, §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Certo enim certius est, legem Papiam non pertinere ad partes aditâ à quibusdam hereditate deficientes post apertas tabulas, *l. qui plures, ff. de vulg. & pupill. l. qui patri, ff. de acquir. vel omitt heredit. l. 2. §. si duos, ff. de bonorum poss. contra tab. l. testamento, C. de impuber. & aliis subst.* & *d. l. hac scriptura, §. 1.* sed ad partes deficientes tantùm, vel vivo testatore, vel post mortem testatoris ante apertas tabulas; quia novis his legibus dies adeundæ hereditatis cedebat ab apertis tabulis, qui jure antiquo, & novissimo cedit à morte testatoris. Sic igitur Cujacii nota hoc loco est restituenda, *Idem in testamentariis jure antiquo, novo, & novissimo.*

* 3 SI EX PLVRIBVS] Differentiam esse maximam inter jus accrescendi, & substitutionem, docet Marcianus in *l. 9. si ex pluribus, ff. de suis & legitim. hered.* quoniam jus accrescendi est reale, ideóque heredem sequitur; portio enim portioni accrescit velut alluvio, *l. 33. si Titio, §. vlt. ff. de vsufr.* Ius substitutionis est personale, ideóque personam non egreditur, & heredes non sequitur. Aliter tamen observatur auctoritate rerum judicatarum in hac curia: in recta enim linea descendentium, substitutionis jus ad suos heredes transmittitur.

De successione cognatorum.

CAPVT V.

POST suos heredes, eósque quos inter suos heredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt adgnati, & hi quos in locum adgnatorum tam supradicta senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio) proximos cognatos Prætor vocat, quâ parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quíque ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à Prætore tertio ordine vocantur: exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis: non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis verò adgnatis inferioris gradus licèt capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, & proculdubio cognatis.

PRÆTOR rationem potiſſimùm habens hujus neceſſitudinis, quæ tota pendet ex ratione naturali, ſine vlla mixtura civilis ſubtilitatis: edicto *vnde cognati*, tertio loco & ordine, id eſt poſt ſuos, & agnatos, defert hanc ſucceſſionem inteſtati; vel his perſonis, quæ jus agnationis amiſerunt, & retinent tantùm cognationem; vel his quæ numquam jus agnationis habuerunt, quia per ſexus feminini perſonas junguntur: nec denegat tamen his, qui agnationem cum cognatione retinent.

* HÆC ſucceſſio nudam habet Prætoris indulgentiam, neque ex jure civili originem habet, vt ſuperiores, *l. 1. ff. vnde cognati.* nam eos invitat ad bonorum poſſeſſionem Prætor, qui jure civili ad ſucceſſionem admitti non poſſunt, id eſt cognatos. Vnde apparet Prætorem in bonorum poſſeſſionibus dandis non tantùm jus civile emendare, impugnare, aut ſubſequi, vt infrà *in tit. de bonorum poſſeſſionibus*, videbimus; ſed etiam ſupplere, *§. 3. verſ. media, ſuprà, de legitim. ſucceſſ. agnat.* vt in hac parte, in qua ſolius naturalis æquitatis habet rationem. Non tamen ſine prætextu, & colore ab ipſo jure civili petito, vt in omni ſua juriſdictione obſervare ſolet: nam & in hac re juris civilis veſtigiis videtur inhætere; ex novis enim legibus, & ſenatuſconſultis, de quibus diximus ſuprà, hereditates ita deferuntur, vt perſonæ naturaliter deferantur, *l. 7. tutelas, ff. de cap. minut.* id eſt naturalis cognationis naturalibus nominibus, non agnationis civilibus. Non enim ſuorum, aut legitimorum, vel agnatorum fit mentio; ſed matris, filiorum, & liberorum: quod tandem videtur occaſionem dediſſe Iuſtiniano exæquandi cognatos agnatis, in ſucceſſionibus inteſtati *Nov. 118.* vt diximus ſuprà. Colorem autem quo Prætor movetur indicat Caius in *l. 2. ff. vnde cogn.* his verbis, ***Hac parte Proconſul naturali æquitate motus, omnibus cognatis promittit bonorum poſſeſſionem, quos ſanguinis ratio vocat ad hereditatem, licèt jure civili deficiant.*** Quibus apertè ſignificat rationem, naturalémque æquitatem, cognatis quoque deferre ab inteſtato hereditatem, id eſt civilem ſucceſſionem; ac per hoc, eam quoque legum mentem fuiſſe, licèt verba deficiant; quaſi plus in animo habuerint legiſlatores, quàm expreſſerint.

§. I. Hos etiam, qui per feminini ſexus perſonas ex tranſverſo cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad ſucceſſionem vocat[1].

*[1] PROXIMITATIS NOMINE PRÆTOR VOCAT] Dixit ſuprà Iuſtin. in *§. 3. verſic. media, de legitim. agn. ſucceſſ.* cognationum lineâ proximitatis nomine introductâ, bonorum poſſeſſionem cognatis Prætorem dediſſe, quæ vnde proximi cognati vocatur in *l. 1. §. ſi quæ, ff. vnde cogn.* Quo ſenſu proximitas agnationi opponitur, in *l. 4. ſi ſpurius, eod. tit.* dum aſſerit Vlpianus, ſpuriis non conſanguinitatis, aut agnationis nomine, ſed proximitatis tantùm, bonorum poſſeſſionem dari: quod mirum meritò videri poteſt, cùm agnati non minùs ſint inter ſe proximi, & proximitatis, ſive propinquitatis jure vocentur; cùm proximior ceteris præferatur, & proximitatis nomen, vt cognationis, ſit generale. Vnde quæri poteſt, cur proximitatis nomen commune, peculiare & proprium factum ſit iis tantùm qui cognati ſunt? cujus rei non alia videtur vera & certa ratio, quàm quòd Prætor in edicto ſuo proximorum nomen pro cognatis vſurpaverit, & cognatos proximos appellaverit, vt eos ab agnatis ſepararet; cùm cognatorum nomen eſſet ambiguum, & vtriſque commune, nam agnati, & cognati ſunt, *l. 1. §. cognationem, ff. vnde cognati.* Igitur non vis, & propria ſignificatio vocabuli cognatis proximorum nomen proprium fecit; ſed vſus, *Quem penes arbitrium eſt, & jus, & norma loquendi.* Quod &

de agnatis similiter dici potest; illi enim vulgò proximi dicuntur, vt apparet ex toto titulo *vnde legitimi*: cùm tamen sub generali nomine legitimorum contineantur, primò sui, deinde consanguinei, tum reliqui agnati, qui omnes vocantur à lege; sed in vsu loquendi agnati nomen commune proprium sibi fecerunt, cùm speciale non haberent.

§. II. Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§. III. Vulgò quæsitos nullum habere adgnatum manifestum est: quum adgnatio à patre, cognatio à matre fit. hi autem nullum patrem habere intelleguntur. Eâdem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantùm igitur cognati sunt sibi, sicut ex matre cognati. Itaque omnibus istis eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur.

§. IV. Hoc loco & illud [2] necessariò admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu [3] sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui vsque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrináque nato natæve.

*[2] HOC LOCO ET ILLVD] Inter agnatos & cognatos, quod ad successionem attinet, hæc differentia est observanda, quòd latiùs porrigatur agnatorum; vocantur enim in infinitum, qui legis auctoritate admittuntur, *l. 9. ff. vnde cognati, l. 2. §. agnati, ff. de suis & legitim. heredib.* Et quod dicitur in *hoc* §. vocari etiamsi decimo gradu sint; non est intelligendum taxativè, quasi decimo gradu ea successio circumscribatur: sed exempli gratiâ pro longissimo gradu, vt Iustin. loquitur in §. *ceterum, suprà, de legitim. agnat. success.* Cognatorum autem qui edicto Prætoris veniunt successio sexto gradu coërcetur, sex tantùm gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrinâ natum, natámve, *l. 1. §. hac autem, ff. vnde cognati.* non potuit enim à Prætore in infinitum successio produci, quæ jure civili erat incognita. Deinde, qui naturalem rationem sequitur, id quod per rerum naturam plerumque fit admittit; at non facilè quis septimum gradum excedit: vlteriùs enim per rerum naturam, nec nomina cognatorum propria inveniri, nec vita succedentibus potest prorogari, *l. 4 non facile, ff. de gradib. & affinib.*

[3] DECIMO GRADV] Verissimè D. Cujac. *hoc dicitur, περὶ διαστολῆς sexti:* agnati enim in infinitum succedunt, *l. 2. §. adgnati, ff. de suis & legitim.* quod ex veteribus Placentinus vindicavit; & ex nostris Iohannes Faber Franciæ Cancellarius in §. *vlt. tit. seq.* Et ideo, vt opinor, Iustin. in *tit. seq.* postquam produxit stemma cognationis vsque ad sextum gradum, subjicit agnationis gradus eodem modo numerari; additis scilicet personis deinceps generatis, quæ singulæ gradum faciunt, hísque deferri potest successio in infinitum jure agnationis.

Sed quare Prætor successionem non defert cognatis vltra sextum gradum, & ex septimo certis personis tantùm? An quia in hac successione ex naturali æquitate

deferenda sequutus videtur id, quod per rerum naturam plerumque fit; non facilè enim quis septimum gradum excedit, *l. non facile, ff. de gradibus*: idque contingere potest plerumque in sobrinorum filiis; non in ceteris personis septimi gradus. Et si aliquando hoc contingat, Prætor non dabit bonorum possessionem vnde cognati, *l. 9. ff. vnde cognati*; quia, vt rectè D. Cujac. hoc loco, hæc cognatio juri civili omnino incognita, non fuit in infinitum à Prætore producenda.

De gradibus cognationis.

CAPVT VI.

HOc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare inprimis admonendi sumus, cognationem aliam suprà numerari, aliam infrà, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentium, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororúmve, eorúmque qui quæve ex his progenerantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit. at ea quæ ex transverso numeratur à secundo.

STEMMATIS conficiendi ratio repetenda videtur ex veteri more, de quo Plinius *lib. 35. cap. 2.* solebant Romani veteres, expressas cerâ majorum imagines in atrio disponere, ad quas, vt auctor ait, *stemmata lineis discurrebant.* Erant autem stemmata minores, & rotundæ imagines; vel, vt vir doctus ad Tacitum *lib. 2. Annal.* rectè exposuit, parvi clypei formâ orbis, qui suprà, infrà, & ex latere dispositi, genus & propinquos illius, cujus erat imago præcipua, continebant. Seneca *lib. 3. de Beneficiis, cap. 28. Qui imagines in atrio exponunt, & nomina familia sua longo ordine, & multis stemmatum illigata flexuris, in parte prima ædium collocant: noti magis, quàm nobiles sunt.* Ex quibus apparet constare propriè genus vel cognationem ex stemmatibus multis. Sed & stemma dicitur de genere toto apud Suetonium, Iuvenalem, Martialem, Statium, & alios auctores. Et ita Paulus noster stemmata cognationum accipit in *l. stemmata, ff. de gradibus.* & separari eleganter ait, in superiorem, & inferiorem lineam. Separari, inquam, ab imagine picta; id est ab eo de cujus cognatione quæritur, qui in veteribus descriptionibus hoc pronomine designatur, *ego*, vt D. Cujac. docuit *lib. 6. Obs. cap. vlt.* Hunc enim ita collocari constat intra superiorem, & inferiorem lineam; vt supra caput habeat superiorem, ad pedes verò inferiorem.

In superiore ascendimus gradatim à patre, puta, ad avum, & deinceps; quod Plinio est familiam retroagere, *lib. 36. cap. 5. Si quis*, inquit, *horum familiam ad proavum vsque retroagat.* Ausonio, in *gratiarum actione*, genus replicare, *Nec deductum ab heroibus genus ad deorum stemma replicare.* In inferiore autem descendimus. Hæ autem lineæ superior & inferior sunt, vt Paulus ait, in directo tramite.

Est & obliqua, vel transversalis, quæ, vt idem Paulus ait, ex superiori linea, & secundo gradu pendet: quia, vt fideliter Theoph. noster exposuit suprà in *tit. de legitim. agnator. success.* non statim ad personam quæ nobis ex transverso conjuncta est,

recurrere debemus, sed priùs sursum versum ascendere: prior enim numeratur pater, à quo descendimus ad fratrem, *l. vlt.* §. *idem faciendum*, & §. *quinto gradu, versic. pater, avia, proavus, ff. de gradibus.* Transversa ergo linea incipit quidem à secundo gradu, sed originem trahit à superiori. Cùm enim, verbi gratiâ, ducis à linea superiori, in qua pater est, duas lineas transversales ex vtroque latere, vt in vna ponatur frater, in altera soror; eâ parte quâ pater est fit angulus, vt videre licet in veteri arbore civili. Ideóque contingit vt bis numeretur pater, sive agatur de personis quæ sunt in directa linea, sive de iis quæ sunt in transversali: quod his elegantissimis verbis D. Augustinus insinuasse videtur *lib. 2. de consensu Evangelistarum, cap. 4. Vbi autem ordo à rectitudine flectitur, atque, vt eat in diversum tamquam angulum facit: illud quod in angulo est bis numeratur; in fine scilicet prioris ordinis, & in capite ipsius deflexionis.* Et hac ratione docet in stemmate Domini, & Sospitatoris nostri apud D. Matthæum, Ieconiam bis numerari: *à quo*, inquit, *facta est ad extraneas gentes deflexio quadam*; nec aliâ ratione D. Ambrosium gradus numerasse constar, in *epistola* 66. cujus verba D. Cujac. hoc loco notat.

Sed aliud placuit tandem Romanis Pontificibus, qui in nuptiis contrahendis non tam id quod licet, quàm quod honestum est inspiciendum censent, juxta *legem* 197. *ff. de Reg. jur.* His enim fratres sunt primo gradu, patrueles secundo, sobrini tertio. Et contrà jure civili fratres sunt secundo, patrueles quarto, sobrini sexto. Nec prætermittam civilem quoque numerandi rationem Græcos Pontifices observasse, vt docet elegantissimus libellus Mathei monachi de quæstionibus matrimonialibus, *in jure Orientali.*

* AD veram & certam graduum enumerationem, observandæ sunt maximè regulæ tres, quas veteres interpretes tradunt. Prima, quæ in recta linea obtinet, sic habet. In linea recta, quot sunt personæ de quibus quæritur, computatis intermediis vnâ demptâ, tot sunt gradus. Vt enim vnus gradus constituatur, duæ personæ desiderantur: sed eo constituto, vnaquæque persona addita gradum facit. Atque ita proavus est tertio gradu, quia quatuor sunt personæ; is scilicet de cujus cognatione quæritur, pater, avus, & proavus. In linea collaterali duplex est regula, nam is de cujus cognatione agitur in linea æquali, vel inæquali invenitur. In linea æquali sic concipitur regula. Quoto gradu distant collaterales à communi stipite, eodem duplicato distant inter se; quia tam ascendendo, quàm descendendo, numeramus generationes, & vnaquæque generatio addita gradum facit. Atque ita consobrini quarto gradu sunt; quia duobus gradibus distant ab avo communi stipite; his duplicatis facies quatuor gradus. Alia regula in linea collateralium inæquali hæc est. Quot sunt personæ stipite dempto, tot sunt gradus: ita patruus, & fratris filius sunt tertio gradu; quia quatuor personæ sunt, duo scilicet fratres, fratris filius, & avus à quo originem ducunt. Et hæ quidem regulæ jure civili observantur. Iure autem canonico in linea collaterali aliter enumerantur gradus; quamvis in linea recta eadem regula locum habeat: nam duo gradus legales vnum gradum canonicum faciunt. Et quamvis jure civili linea collateralis incipiat à secundo gradu, jure tamen canonico incipit à primo; frater enim est in primo gradu. Regula ergo in linea æquali hæc est. Quot gradibus distat quis à communi stipite, totidem distat ab eo de cujus cognatione quæritur: consobrinus ergo duobus gradibus distat à consobrino; quia duobus gradibus distat ab avo communi stipite. In linea inæquali, cùm vnus remotior est, sic regula concipitur. Quot gradibus distat remotior à communi stipite, tot gradibus distant inter se: atque ita patrui

mei nepos est mihi tertio gradu; quia tribus gradibus distat ab avo communi stipite, licèt ego duobus tantùm distem; sed est in gradu cœpto, non impleto. Cur autem vnaquæque persona gradum faciat jure civili, cùm jure canonico duæ desiderentur: hæc redditur ratio; quia jus civile gradus numerat propter successiones, & hereditates, quæ ab vna persona ad aliam deferuntur: at jus canonicum propter nuptias, quæ sine duabus non possunt consistere personis, *can. ad sedem* 35. *quæst.* 5.

§. I. [a] Primo gradu est suprà pater, mater: infrà filius, filia. [a] *Ex Paulo l.* *1.* §. *3. de gradib. & affinib.*

§. II. [b] Secundo suprà avus, avia: infrà nepos, neptis: ex transverso frater, soror.

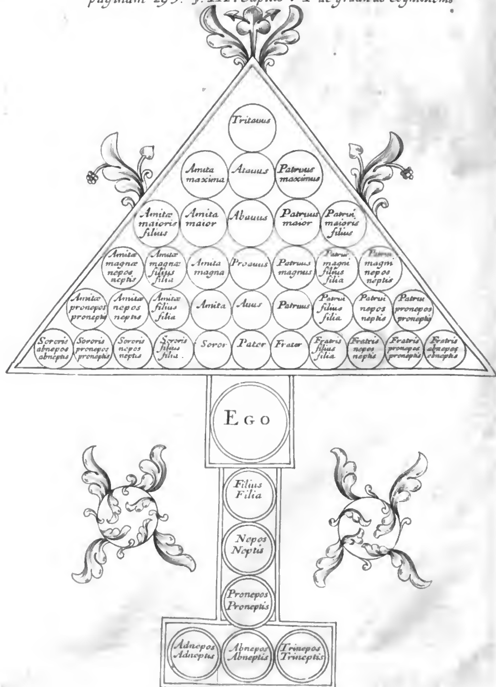
§. III. [c] Tertio suprà proavus, proavia: infrà pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororísque filius, filia: & convenienter parruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατρῶος vocatur. Avunculus est frater matris; qui apud Græcos propriè μητρῶος: & promiscuè θεῖος dicitur Amita est patris soror. Matertera verò matris soror: vtraque θεία, vel apud quosdam τηθὶς appellatur. [b] *Ex d. l.* 1. §. *4. de gradib. & affinib.* [c] *Ex d. l.* 1. §. *5. de gradib. & affinib.*

§. IV. Quarto gradu suprà abavus, abavia: infrà abnepos, abneptis: ex transverso fatris sororísque nepos, neptis: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus, & matertera magna, id est, aviæ frater & soror. consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos. eos verò qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos qui ex fratre & sorore propagantur, amitinos propriè dici. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos. *Ex d. l.* 1. §. *6. de grad. & affinib.*

§. V. Quinto suprà atavus, atavia: infrà adnepos, adneptis: ex transverso fratris sororísque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus [1], proamita, id est, proavi frater & soror: proavunculus, promatertera, id est, proaviæ frater & soror. Item fratris patruelis sororis patruelis, consobrini consobrinæ, amitini amitinæ filius filia: propior sobrino, propius sobrina. hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, matertetæ magnæ, filius filia. *Ex d. l.* 1. §. *7. de grad. & affinib.*

[1] PROPATRVVS] Qui à Paulo in *l. Iurisconsultus, ff. de gradibus*, dicitur patruus major; vt abpatruus, patruus maximus. Agathias Scholasticus *lib.* 1. *historiæ*, Patrui maximi, vt Romanæ leges loquerentur, μέγιστοι θεῖοι, ὡς ἂν οἱ Ῥωμαίων εἴποιεν νόμοι. Loquitur autem de Childeberto, & Clotario Regibus nostris, quos ait fuisse Theobaldo Theodeberti filio patruos maximos. Interpres tamen vertere debuit,

TYPVS HIC REFERENDVS EST AD *paginam 295. §. IX. Capitis VI de gradibus Cognationis*



magnos, vt constat ex stemmate, quod etiam vir doctus docuit in *Agathia interpolato.*

§. VI. Sexto gradu suprà tritavus tritavia: infrà trinepos trineptis: ex transverso fratris sororísque abnepos abneptis: & convenienter abpatruus abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus abmatertera, id est, abaviæ frater & soror. Item sobrini sobrinæque, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur. *Ex Caio l. 3. de gradib. & affinib.*

§. VII. Hactenus ostendisse sufficiat [2], quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intellegere quemadmodum vlteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, vt longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propriâ cognationis appellatione quemquam denotare.

[2] HACTENVS OSTENDISSE SVFFICIAT] Ex his quæ suprà notavimus facilis est numeratio graduum; nec displicent tamen regulæ tres quibus veteres vtuntur. Prima hæc est, in linea ascendentium & descendentium, quot sunt personæ de quibus quæritur, computatis intermediis vnâ demprâ, tot sunt gradus. Et ita tritavus erit sexto, sunt enim personæ septem. Secunda hæc est, in linea æquali quoto gradu distant collaterales à communi stipite, eodem duplicato distant inter se: duorum fratrum filii distant ab avo communi stipite duobus gradibus; hi duplicati facient gradus quatuor, sunt ergo quarto gradu. Tertia, in linea inæquali collateralium, quot sunt personæ stipite dempto, tot sunt gradus; vt patruus, & filius fratris sunt tertio gradu. Sunt enim quatuor personæ, duo fratres, ex altero fratrum filius, itémque avus à quo communem originem ducunt: hoc dempto, restant personæ tres, sunt ergo tres gradus.

§. VIII. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§. IX. Sed quum magis veritas oculatâ fide, quàm per aures animis hominum infigitur: ideò necessarium duximus post narrationem graduum, etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adulescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci. *

* *Hoc loco vetustissimum graduum cognationis diagramma adpingendum est.*

§. X. Illud certum est [3], ad serviles cognationes illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec vllâ antiquâ lege talis cognatio [4] computabatur. Sed nostrâ constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus vsque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & vndique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, vt si quis in servili [5] consortio constitutus, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex

ſervilis conditionis muliere: vel contrà ſerva mulier ex libero vel ſervo habuerit liberos cujuſcumque ſexus: & ad libertatem his pervenientibus, & ii qui ex ſervili ventre nati ſunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſervitute eos habuerint, & poſtea ad libertatem pervenerint: vt hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniant patronatus jure in hac parte ſopito. Hos enim liberos non ſolùm in ſuorum parentium ſucceſſionem, ſed etiam alterum in alterius mutuam ſucceſſionem[6] vocavimus, ex illa lege ſpecialiter eos vocantes, ſive ſoli inveniantur, qui in ſervitute nati, & poſtea manumiſſi ſunt: ſive vnà cum aliis, qui poſt libertatem parentium concepti ſunt: ſive ex eodem patre, vel ex eadem matre, ſive ex aliis ad ſimilitudinem eorum, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt.

[1] ILLVD CERTVM EST] Meritò tamen hac de re dubitari potuit; quia, vt Accurſ. hoc loco notat, naturalem æquitatem in hac parte Prætor ſequitur, nec ſpurios ipſos, vel vulgò quæſitos rejicit, *l. ſi ſpurius, ff. unde cognati*, §. *vulgò quæſitos, ſupra, de ſucceſſione cognatorum.* Denique in ſervis his cognationum nominibus non parcimus, *l.* 10. §. *non parcimus, ff. de gradib.* Imò in nuptiis contrahendis, hujus ſervilis cognationis ratio habetur, *l. adoptivus*, §. *ſerviles, ff. de ritu nuptiar.* Sed, vt Vlp. mouet in *l.* 1. §. *pertinet, ff. unde cognati*, nulla facilè ſervilis videtur eſſe cognatio: ſervi enim nec genus, nec gentem habere poſſunt, vt loquitur Papin. in *l.* 1. *ff. de probationib.* & non ſolùm juris civilis, ſed etiam edicti Prætorii communionem non habent, *l.* 20. §. *ſervus, ff. qui teſtamenta facere poſſunt.* Sequutus eſt ergo Prætor in hoc edicto veteres leges, quæ cognationis, vel agnationis nomine numquam ſerviles cognationes intellexerunt: vt puta, legem XII. tab. legem Iuliam judiciorum publicorum, de qua in *l.* 4. *ff. de teſtibus*, & in *d. l.* 10. *in princ. ff. de gradib.* legem Corneliam de injuriis, de qua in *l.* 5. *ff. de iniuriis:* legem Iuliam repetundarum, de qua in *l.* 1. *ff. ad leg. Iul. repetund.* Et hoc eſt quod Paulus ait in *d. l.* 10. §. *non parcimus*, ad leges ſerviles cognationes non pertinere. Et valde notandum eſt Paulum, cùm ait *ad leges*, etiam edictum Prætoris intelligere, de quo nominatim loquitùr in princ. *d. legis.* Eádemque formâ Vlp. ait in *d. l.* 1. §. *pertinet, ff. unde cognati. Pertinet*, inquit, *hæc lex*, id eſt edictum Prætoris. Sed vterque verbo abutitur, vt & M. Tull. cùm ait, edictum Prætoris legem eſſe annuam; Prætoris enim edictum nec vim legis habet, nec legi ſimile eſt, §. *quos autem, infrà, de bonor. poſſeſſ.* §. *hæc exempli, infra, de exceptionib.*

*[4] NEC VLLA ANTIQVA LEGE TALIS COGNATIO] Obſtare videtur quod docuit ſuprà Iuſtinianus, §. *illud certum eſt, de nuptiis*, ſerviles cognationes impedimento nuptiis eſſe. nam ſi nuptias impediunt, quæ juris civilis ſunt; ergo jus civile habet rationem hujuſmodi cognationis. Quod confirmat Paulus in *l.* 10. §. *non parcimus, ff. de gradib. & affinib.* his verbis, *Non parcimus his nominibus, id eſt cognatorum, etiam in ſervis. itaque parentes, & filios, fratreſque etiam ſervorum dicimus.* Neque id mirum videri debet, cùm hac in parte Prætor naturalis æquitatis habeat rationem, & jus naturale ſpectet, quo jure omnes homines æquales ſunt, *l.* 32. *quod attinet, ff. de Reg. jur.* Denique Vlpianus in *l.* 1. §. *pertinet, ff. unde cognati*, non facilè vllam ſervilem cognationem videri poſſe aſſerit: ex quibus verbis licet evidenter inferre, aliquando illius haberi rationem. Sed hæc non infirmant Iuſtiniani definitionem,

nitionem, nam cùm liberti neque ascendentes, neque collaterales habere intelligantur; imò nec descendentes, nisi quos post libertatem susceperint, nullos possunt videri habere cognatos. Non quòd reverâ, & naturaliter servorum cognationes non sint, sed quòd non videantur esse; vt eleganter Vlp. loquitur in *d. §. pertinet:* & quòd ad eos non pertineant leges, quamvis in nuptiis illarum ratio habeatur; quia semper in conjunctionibus non solùm quod licet, sed etiam quod honestum sit considerandum est, *l. semper, ff. de Reg. juris.* Verbum autem *facile*, additum à Triboniano in *d. §. pertinet*, ad veritatem accedit: non propter nuptias, vt Accursius existimavit, quia in *d. §.* de successionibus agitur, non de nuptiis: sed propter novam Iustin. constitutionem de jure patronatus, in qua hujusmodi cognationum rationem haberi voluit, vt ex *hoc §.* constat.

* f SI QVIS IN SERVILI] Ex novella Valentiniani *de libertis & successionib. eorum*, quando libertus nullo facto testamento decedebat, & filium aut filiam, vnum pluresve in servitute quæsitos, aut nepotem neptémve cives Romanos relinquebat; in solidum illi vocabantur patronis exclusis. Si verò nec filios, nec nepotes relinqueret, sed patrem, matrem, fratrem, sororémve pari libertate gaudentes; semis hereditatis ad hujusmodi personas, secundùm graduum prærogativam pertinebat: alter autem semis manumissoris servabatur heredibus, qui in assem ad intestati successionem vocabantur, si intestato liberto expressa necessitudinum nomina defuissent. In qua constitutione cùm multa absurda, & à juris ratione abhorrentia videri possent; vt quòd duos tantùm gradus liberorum liberti, filios scilicet, & nepotes ab intestato admitteret; quòd parentes, & fratres liberti vocaret, & reliquis descendentium gradibus anteponeret: denique quòd heredes manumissoris quoscumque admitteret ad successionem, cùm tamen ad extraneos heredes jus patronatus, neque vllâ lege, neque ex edicto pertineret, fisco excepto qui hoc gaudet privilegio, *l. 1. & 2. Cod. de bonis libert.* Hoc causam dedit, & occasionem Iustiniano condendi novum jus; vt illud quod ad sua tempora satis obscurum, & nube plenum, & vndique confusum remansisse agnoscit, Imperiali remedio illuminaret. Vt enim Tertullianus eleganter in Apologetico, *Solent Imperatores quotidie, experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem, & squallentem legum sylvam, novis Principalium rescriptorum, & edictorum securibus truncare.* Igitur constitutione suâ illas juris angustias emendavit, & voluit; vt non tantùm filii, & nepotes ex servili ventre nati, & deinde libertate donati patronis præferentur; sed etiam parentes, & fratres, vt hîc apparet, & clariùs apertiúsque ex integra constitutione à dom. Cujacio restituta *lib. 20. Obs. cap. 34.*

* g ALTERVM IN ALTERIVS MVTVAM SVCCESSIONEM] Vexant hæc verba veteres interpretes, vt docet Accursii glossa: quidam non malè referunt tantùm ad successionem mutuam parentum, & liberorum; quam sententiam, si verum amamus, verba admittere non possunt. Et omnem dubitandi rationem hodie sustulit constitutio Græca, cujus, vt docui, synopsim dedit D. Cujac. *lib. 20. Obs. cap. 34.* Hæc enim omnia adeò expressis verbis separat & distinguit, vt de hujus loci vera sententia ampliùs dubitare non liceat; nam postquam docuit ad successionem liberti admitti liberos susceptos in servili consortio, subjicit hæc verba, *Et quod illo magis paradoxum videri potest, ipsos quoque liberos ad mutuam successionem admitti vult constitutio; largitur verò, & liberto, & libertæ hereditatem suorum liberorum, sicut in ingenuis patres, & matres vocantur.* Falsa est ergo sententia Iohannis, quam certatim doctores sequuntur, fratri colliberto præferri patronum. Falsum est quo-

que quod plerique tentant imperitè, fratrem admitti in semissem tantùm, patronum in alterum semissem; quia generaliter constitutio ait in his omnibus casibus cessare jus patronatus, quod & fideliter D. Cujac. docuit *lib.* 17. *Obs. cap.* 13.

§. XI. Repetitis itaque omnibus[7] quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eóque ampliùs ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Quum enim prima causa sit suorum heredum, & eorum quos inter suos heredes jam enumeravimus: apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem aut patrem matrémque defuncti: quum alioquin pater quidem & mater (vt suprà quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus, & abnepos quarto: nec interest in potestate morientis fuerit an non, quòd vel emancipatus vel ex emancipato, aut feminino sexu propagatus est.

* 7 REPETITIS ITAQUE OMNIBUS] Hic §. pertinet ad omnia quæ dicta sunt à titulo 1. hujus libri, huc vsque: nam ille titulus generalis est ad omnem successionem intestati, quam concludit constitutâ differentiâ inter gradus intestati, & gradus cognationis: tres enim tantùm sunt gradus intestatæ successionis, suorum, legitimorum, & cognatorum. Cognatos autem plures esse ex præcedentibus satis supérque constat, & præsertim ex §. *vlt. de success. cognat.* Cùm autem in successione ab intestato semper prima causa sit suorum, & eorum quos inter suos heredes Prætor, & constitutiones vocant: & illis deficientibus legitimorum, & eorum qui pro legitimis habentur; & vltimò cognatorum habeatur ratio. Sequitur id quod dicitur, potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet; habere tantùm locum, cùm quæstio successionis vertitur inter eos, qui ex eodem gradu cognationis sunt, vt rectè docet Iustin. in *hoc* §. quod jus circa successiones ab intestato valde est immutatum à Iustin. *Nov.* 118. quæ totam intestati successionem continet.

§. XII. Amotis quoque suis heredibus & quos inter suos heredes vocari diximus: adgnatus, qui integrum jus adgnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus[8] aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum jure quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat secundùm ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris vlterioris gradus adgnatis.

8 TOTIENS IGITUR DICIMUS] Observandum est hoc jus immutatum fuisse Novella Iustin. 118. cujus sententiam hoc loco breviter esse perstringendam Accursius noster monet.

Primo loco vocat liberos, tam agnatos, quàm cognatos; id est non solùm ne-

potes ex filio, sed etiam nepotes ex filia, & pronepotes, vel proneptes ex feminino sexu descendentes, sine vlla diminutione tertiæ partis: abrogato veteri jure, de quo in §. *item vetustas, suprà, de hereditatib. quæ ab intestato.* Hos autem omnino præfert parentibus, id est etiamsi defuncti fuerint in parentis potestate; in his scilicet bonis quæ acquisitionem effugiunt, vt Iulianus Antecessor eleganter loquitur in *constit.* 109. id est in bonis adventitiis, quæ filio acquiruntur proprietatis jure; patri verò jure vsusfructus: & in peculio castrensi, & quasi castrensi, quod acquiritur filio pleno jure, id est sine vsusfructus deductione. Idémque obtinet in his bonis adventitiis, quorum vsusfructus non acquiritur patri; pura si nominatim sub hac conditione donata sint, ne vsusfructus patri acquiratur, ex *Novella* 117. ex qua sumpta est *authentica Excipitur, C. de bonis quæ liberis.* Peculium profectitium pater occupat pleno jure, nec in hoc peculio potest ei successioni locus esse: sed quod pater filio donavit moribus nostris favore matrimonii pleno jure, id est neque retento vsufructu: filio defuncto superstitibus liberis, ad patrem neque vsusfructus jure, quamvis profectitium sit, reverti posse respondi: quasi sub hac conditione donatum sit, ne vnquam proprietatis jure, vel vsusfructus ad patrem redeat, quamdiu liberi quorum causâ donasse videtur extabunt. Remanet autem in hac linea vetus regula, ex qua proximior vlteriorem non excludit; remanet vetus jus successionis in stirpes, si defuncto sit filius, & ex alio filio jam mortuo sint duo nepotes, vt in §. *cum filius, suprà, de hereditatibus quæ ab intestato.*

Secundo ordine vocantur parentes, servatâ gradus prærogativâ, & exclusis iis qui sunt ex latere, vel ex transverso, id est omnibus agnatis, & cognatis. Excipiuntur tamen fratres ex vtroque latere conjuncti; hi enim succedunt cum parentibus, cujuscumque gradus sint, in capita; id est, vt Iulianus Antecessor rectissimè, quamvis pater & mater sint, etiam cum patre & matre. Quod ideo Iustinianus ait, vt doceat se nominatim omnino abrogare jus vetus, quo pater matrem excludebat, vt habuimus *suprà*, §. 3. *versic. pater. de senatusconsulto Tertylliano*, fratres verò in proprietate patrem excludebant, *l. vlt. C. communia de successionib.* Ex hac verò constitutione viriles partes parentes, fratres, & sorores pleno jure habent: quæ est certissima hujus loci interpretatio, explosâ sententiâ Irneris, qui, vt constat ex synopsi Novellæ quam in fine Institution. D. Cujac. dedit, fratres vlteriores parentes omnino excludere existimabat, quod Accurs. hoc loco meritò rejicit. Ad hæc notandum est, si plures existant parentes ejusdem gradus, vt si defunctus avum paternum, avum maternum, aviámque maternam reliquerit; avum paternum in semissem vocari, ceteros in alterum semissem.

Tertio ordine vocantur, sublato omni discrimine agnationis & cognationis, omnes cognati simul cum agnatis ejusdem gradus: exceptis fratribus eodem parente conjunctis, eorúmque filiis, qui præferuntur fratribus vterinis, vel consanguineis matre diversis. In hac autem linea, ex regula veteri proximior excludit vlteriorem, & hereditas dividitur in capita. Sed excipiuntur fratrum jam defunctorum eodem jure conjunctorum filii, quos superstites fratres non excludunt: sed jure repræsentationis, quod hoc tantùm casu in hac linea habet locum, succedunt in stirpes cum fratribus defuncti; & ex *Nov.* 117. etiam cum parentibus fratribúsque defuncti; cum parentibus non item. At si soli existant fratrum filii, non parentes, non fratres; succedunt in capita ex sententia Azonis quæ prævaluit, servato in hoc casu jure antiquo, de quo Caius in *Institut.* & in *collat. leg. Mosaïcæ tit.* 16. quia Novella non est temere trahenda ad hunc casum: &, vt vulgò dici solet, vi-

tanda est correctio legum, *vulgata leg. præcipimus*, §. *vlt. C. de appellat.* Eâdémque ratione, in successione filiorum fratris, vel sororis; patruum vel avunculum, patri matríve ex vtroque parente conjunctum, non dicimus præferendum esse patruo, vel avunculo ex vno tantùm parente conjuncto, ex sententia Bartoli in *l. post consanguineos*, §. *legitima*, *ff. de suis & legitim. heredib.* quam dominus Cujac. sequitur *lib. 2. feudor. cap. 11. & consultat.* 4.

De successione libertorum.

CAPVT VII.

NVNC de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire, nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto[1]. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela[2]. si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat[3], nihil juris patrono superesse.

* DE successionibus ingenuorum, tam ex testamento, quàm ab intestato, egit Iustin. in præcedentib. tit. sed separatim in hoc tractat de successione libertorum in vniversum, tam scilicet ab intestato, quàm ex testamento; tam de civili, quàm de honoraria: & denique tam de ea quæ competit aliis, sive extraneis heredibus, sive necessitudine aliquâ conjunctis, quàm de ea quæ patronis. Et quoniam hoc jus varias inspectiones habet, & partim à lege XII. tab. partim ex edicto Prætoris, partim ex lege Papia, & Principum constitutionibus conflatum est; quid fuerit illis cautum separatim explicat, origine ab ipsa lege XII. tab. repetitâ, quæ patrono, & patronæ libertorum hereditatem deferebat; si intestatò sine suo herede liberti decessissent: nullâ hac in re inter patronum & patronam, libertum & libertam constitutâ differentiâ. Quæ tamen in aliis erat, vt docet Vlpian. in *Fragm. tit.* 29. nam patronus patronáque, plus juris habebat in liberta, quàm in liberto: & patronus plus etiam juris, quàm patrona. Cùm enim intestata moriebatur liberta, semper ad patronum, aut patronam pertinebat hereditas, quamvis filios reliquisset; quia sui heredes ei non erant, cùm feminæ suos heredes habere nequeant, *l. 13. ff. de suis & legitim.* §. *feminæ de adoption. &* §. *ceteri, de hered. qualit. & differ. suprà*: atque ita manifestum, patronos, & patronas plus juris habuisse in bonis libertarum, quàm libertorum, in successione intestati. In testamentaria autem, plus habebat juris patronus quàm patrona in successione libertæ: nam cùm esset in perpetua tutela patroni post 12. annum completum, non nisi auctore patrono poterat testamentum facere, vt docet Vlpian. in *Fragm. tit.* 20. qui non facilè auctoritatem præstabat, nisi liberta ei satisfaceret, & certam partem quasi auctoritatis præmium præstaret. Quod licet confirmare ex eo quod dicit Vlpian. in *d. lib. tit.* 29. legem Papiam patrono prospexisse, cùm libertas quatuor liberorum jure tutelâ patronorum liberavit, & consequenter condendi testamenti licentiam sine patroni auctoritate tri-

buit: ne enim jura patronorum minueret lex, quæ dicitur à Iustiniano auxisse; cavit, vt pro numero liberorum libertæ superstitum, virilis pars patrono deberetur. Quod in patrona obtinere non potuit, cùm libertæ tutelam non nancisceretur: vnde sequitur plus juris habuisse patronum, quàm patronam, quæ sibi prospicere non poterat, cùm liberta testamentum condebat.

¹ NVLLO SVO HEREDE RELICTO] Vel naturali, vel adoptivo; vel vxore quæ in manum convenerat, auctore Vlp. *lib. Reg. tit. vlt.*

² NVLLA VIDEBATVR QVERELA] Naturali ratione, quæ liberis naturalibus defert successionem, contra patronum omnino prævalente.

³ APERTE INIQVVM ERAT] Quia hoc casu pugnat civilis ratio adoptionis cum naturali ratione, ex qua patrono libertus obligatus est ob tam grande beneficium libertatis, *l. 1. ff. de bonis libertor. l. si non sortem, §. libertus, ff. de condic. indeb.* Itaque superiori casu omnino potior est ratio filii naturalis: civilis verò ratio adoptivi non potest sola omnino vincere naturalem æquitatem, quâ nititur patronus; ideóque meritò à Prætore æquirare naturali temperatur, vt saltem in partem cum filio adoptivo admittatur patronus.

§. I. Qua de causa postea⁴ Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. sive enim faciebat testamentum libertus: jubebatur ita testari, vt patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret. & si aut nihil aut minus parte dimidiâ reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo: dabatur æquè patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant. nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

⁴ QVA DE CAVSA POSTEA] Vide Cujac. *lib. 17. Obs. cap. 13.*

*⁴ QVA DE CAVSA POSTEA] Quoniam ex lege XII. tab. suus heres præferebatur patrono; filius adoptivus, & vxor quæ convenerat in manum, patronum excludebant, vt docet Vlpianus in *Fragm. d. tit. 29.* quod iniquum Prætori visum est, vt ratio civilis adoptionis, aut conventionis in manum vinceret naturalem, quæ propter ingens beneficium libertatis patronum deficientibus naturalibus liberis vocat ad successionem, *l. 1. ff. de bonis libert.* Sicut enim justum judicabat Prætor naturæ patronum cedere: ita naturalem æquitatem juris subtilitatem vincere æquum arbitrabatur. Ideóque hanc iniquitatem emendavit in successione libertorum tantùm; cùm in libertarum successione, propter jam allatas rationes, Prætoris auxilio non indigeret patronus, idémque tutor semper, & legitimus heres. Nam cùm nullis liberis naturalibus relictis facto testamento decedebat libertus, patrono contra tabulas in partem dimidiam bonorum possessionem pollicebatur, si minus mediâ parte ei fuisset relictum. Ab intestato autem, contra suum heredem, id est adoptivum, non naturalem, bonorum possessionem vnde legitimi in eam partem dimidiam præstabat Prætor, sicque patrono consulebat. Patrono, inquam, nam patronæ nil juris ex edicto dabatur: sed, vt rectè Vlpian. in *Fragm. d. tit.* in

bonis libertorum illud tantùm jus habebat, quod lex x II. tab. introduxerat. Postea tamen lex Papia patronæ ingenuæ duobus liberis oneratæ, libertinæ tribus, id juris dedit, quod patronus habebat ex edicto.

§. II. Postea lege Papiâ adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, vt ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos habebat: sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaque quum vnum quidem filium filiámve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia[5] debebatur patrono ac si is sine vllo filio filiáve testatus decessisset[6]: quum verò duos duásve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono. si tres reliquerat, repellebatur patronus.

[5] PERINDE PARS DIMIDIA] D. Cujac. *lib. 3. Obs. cap. 13.* & *lib. 17. cap. 13.* hoc loco legendum esse censet *testatus*, non *intestatus*, quod confirmat in *posterioribus notis*; quia si decedat libertus intestatus, non in dimidiam, sed in assem vocatur patronus, *l. 3. ff. de suis & legitim. l. libertos, ff. de bon. libertor.* quibus adde *l. si libertus, ff. eod. tit.* quæ nominatim ait patrono dari bonorum possessionem tororum bonorum, tamquam legitimo: vt hujus loci hic videatur elegans sensus, relicto vnico filio à liberto, perinde patronum habere dimidiam ex lege Papia, ac si decedens sine filio extraneum heredem instituisset: quo casu datur ei bonorum possessio in dimidiam ex Prætoris edicto. Quod iniquum videtur, vt non plus habeat filius naturalis, quàm extraneus; & vtroque casu patronus habeat dimidiam, sive heres existat filius, sive, nullo filio existente, heres instituatur extraneus.

Sed constanter in omnibus libris scriptum reperio, *intestatus*, quæ lectio, quod pace magni viri dictum sit, non est temere rejicienda: quia & hunc commodum sensum efficit, perinde esse ex lege Papia, decedente liberto relicto tantùm vno filio herede; ac si intestatus decederet sine vllo filio, filiáve, supple, naturali, relicto tantùm adoptivo: quo casu datur quoque dimidia patrono ex edicto Prætoris. Et iniquum igitur esse, vt non plus relinquere possit libertus filio naturali, quàm relinquit intestatus filio adoptivo; & vtroque casu sine vlla differentia filii naturalis, & adoptivi, eamdem portionem dimidiam dari patrono. Nam & hoc posteriori casu, eamdem fere emergere iniquitatem negare non possumus; vt meritò liceat hæc omnia referre inter veteris juris altercationes, & inextricabiles circuitus legis Papiæ, quos amputandos esse ait Iustin. initio *constitutionis Latinæ de jure patronatus*, quam dedit *lib. 20. Obs. cap. 34.* vir præstantiss.

Itaque, sive hoc, sive illo modo legas, apparet manifesta iniquitas; vt non malè Theoph. legisse videatur, *Ac si sine vllo filio, filiáve decessisset.* expunctâ hac litigiosâ voce, *testatus* vel *intestatus*. Vt intelligamus casum vtrumque testati, vel intestati liberti decedentis sine filio, filiáve naturali: & vtroque casu dicamus dari patrono dimidiam: vel si intestatus filium adoptivum relinquat; vel si testatus extraneum heredem instituat; quibus duobus casibus datur bonorum possessio dimidiæ partis ex mera Prætoris indulgentia, *§. qua de causa, hoc tit.*

Et si verum amamus, videtur Iustin. conferre edictum Prætoris, quo datur dimidia portio testato, vel intestato liberto; cum lege Papia, quæ virilem portionem dat vtroque casu. Et verba quæ præcedunt, *Cum vnum filium, filiámve, reliquerat*

libertus, generaliter quoque meo judicio sunt accipienda, sive testatus, sive intestatus decedat; vt colligere licet ex præcedentibus. Et malè Theoph. hæc restringere videtur, cùm addit hæc verba *ex testamento*: quia & idem est si intestato decedat libertus, vno relicto filio. Et si vis cum Cujacio legere *testatus*, & hunc locum accipere de liberto qui heredem instituit extraneum: contrà dicam idem quoque contingere, vt dimidiam habeat patronus, si intestatus decedat libertus sine filio, filiáve naturali, relicto filio adoptivo. Et si tibi licet illum casum extranei heredis instituti comminisci, vt ex vna parte edicti, testato liberto detur dimidia patrono: quare mihi non liceat ex secunda parte edicti, quâ intestato datur quoque dimidia, hunc casum effingere? præsertim cùm in hanc rem vti mihi liceat auctoritate Pomponii in *l.* 2. §. *ult. ff. de bonis libertor.* quæ omnino accipienda est de hac Prætoria bonorum possessione; quia manifestò argumentatur ab vna parte edicti, ad alteram, huic, inquit, filio testato liberto, & herede instituto extraneo, Prætor potiùs, quàm nepoti daret debitæ partis, id est dimidiæ bonorum possessionem contra tabulas. Ergo & huic filio potiùs, quàm nepoti, ab eodem Prætore danda est bonorum possessio intestati liberti, ex altera edicti parte: quando nempe concurrit cum filio adoptivo, *Quamvis*, inquit, *legitima hereditas jure ipso ad nepotem pertineat.* Quibus verbis legitimam hereditatem, vel bonorum possessionem vnde legitimi, opponit Prætoriæ bonorum possessioni, quæ meram, vt dixi, Prætoris indulgentiam habet, sive libertus decedat testatus, sive intestatus.

*6 SINE VLLO FILIO FILIAVE INTESTATVS DECESSISSET] Sic legendum, ita enim in omnibus codicibus passim legitur, & D. Cujacius qui *lib.* 3. *Obs. cap.* 13. *& lib.* 17. *cap.* 13. legendum esse dicit, *testatus*; ingenuè fatetur opinionem illam suam nullis, quos legerit libris scriptis, vel antiquis, adjuvari. Ideóque nil videtur mutandum, cùm hæc lectio sensum possit commodum efficere: moriente scilicet liberto, relicto tantùm vno filio naturali; perinde ad dimidiam partem ex lege Papia patronum admitti, ac si intestatus decessisset, sine filio, filiáve scilicet naturali; relicto tamen adoptivo, quo casu dimidiam quoque datam fuisse patrono jam diximus. Nam si licet D. Cujacio petere exemplum ex edicto Prætoris, quando libertus facto testamento decessit; quare non licebit ex secunda parte edicti casum effingere, in quo agitur de liberto intestato, qui adoptivum filium reliquit, in quo casu etiam dimidia pars hereditatis patrono debetur: cùm hac ratione veterem, & vulgò receptam ab omnibus lectionem retineamus?

§. III. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causas definivit, vt si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minùs centum aureis habeant substantiam. (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, vt pro mille sestertiis vnus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatus jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Quum verò majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive vnum sive plures cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentium deduximus, patronis omnibus vnà cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesse-

rint, ſi quidem inteſtati, ad omnem hereditatem patronos patronáſque vocavimus. ſi verò teſtamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater ſive avus maternus eos præterierint, ita vt non poſſint argui inofficioſa eorum teſtamenta: tunc ex noſtra conſtitutione per bonorum poſſeſſionem contra tabulas non dimidiam (vt antea) ſed tertiam partem [7] bonorum liberti conſequantur: vel quod deeſt eis ex conſtitutione noſtra repleatur, ſi quando minùs tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita ſine onere [8], vt nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommiſſa præſtentur, ſed ad coheredes hoc onus redundaret: multis aliis caſibus à nobis in præfata conſtitutione congregatis, quos neceſſarios eſſe ad hujuſmodi juris diſpoſitionem perſpeximus: vt tam patroni patronæque, quàm liberi eorum, necnon qui ex tranſverſo latere veniunt, vſque ad quintùm gradum ad ſucceſſionem libertorum vocentur, ſicut ex ea conſtitutione intellegendum eſt. vt ſi ejuſdem patroni vel patronæ, vel duorum duarúmve pluriúmve liberi ſint: qui proximior eſt, ad liberti ſeu libertæ vocetur ſucceſſionem, & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſſio: eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Penè enim conſonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus fecimus.

7 SED TERTIAM PARTEM] Ideo fere in omnibus Pandectarum locis, hoc vnico excepto de quo ſuprà, Tribonianus repoſuit certam, & debitam partem. Et ſecundùm hoc jus novum proponenda eſt ſpecies *l. 52. ff. ad l. Falcid.* quæ hactenus malè habuit interpretes, & Cujac. ipſum *lib. 25. Obſ. cap.* 24. Cenſent enim non poſſe conſtare ſenſum ſine emendatione verborum, ſed vel poſita aureorum ratio, quæ ex conſtitutione Iuſtiniani primùm cœpit obſervari, abrogatâ veteri ſeſtertiariâ, convincit hanc legem à manu Triboniani fuiſſe ad jus, quod ex nova conſtitutione obtinet accommodatam. Dicendum eſt igitur patrono, non dimidiam vt olim, ſed tertiam in ſpecie *dictæ legis* eſſe dandam. Legavit libertus qui ducentos aureos habebat, filio exheredato 120. aureos, extraneo reliqua, & ita legatis exhauſta eſt hereditas liberti. Vt portionem debitam, id eſt tertiam retineat patronus, minuitur extranei legatum cui 80. legavit: & ita proficit hæc diminutio filio ad conſequenda ſolida legata, id eſt 120. Ex 80. enim conficit ſibi tertiam patronus, reliqua præſtat extraneo: & ita nihil eſt immutandum in *d. lege.*

* 8 ITA SINE ONERE] Ex edicto Prætoris portio debita reverentiæ patronali erat dimidia, quod imago ſocietatis induxerat; vt quod vivus ſolebat ſocietatis nomine præſtare, id & poſt mortem præſtaret, *l. 1. ff. de bon. libert.* omnes enim bonorum poſſeſſiones induxit Prætor colore quæſito à jure civili. Ex conſtitutione autem Iuſtiniani eſt tertia; ſed ſine onere, id eſt ſine die, conditione, & ſine onere legati, fideicommiſſi, & ſatiſdationis: & nihil intereſt quo titulo relinquatur, hereditatis, aut legati, *l. 44. ſi patronum, §. vlt. ff. de bon. libert.*

§. IV. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in civitatem Roma-

Romanam pervenerunt: quum nec ſunt alii liberti, ſimul & Dediticiis & Latinis ſublatis, quum Latinorum legitimæ ſucceſſiones nullæ penitùs erant, qui licèt vt liberi vitam ſuam peragebant, attamen ipſo vltimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amittebant, & quaſi ſervorum ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Iunia manumiſſores detinebant. Poſtea verò ſenatuſconſulto Largiano cautum fuerat, vt liberi manumiſſoris non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus ſupervenit etiam divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, ſi invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio Principis feſtinabat, faciebat quidem vivum civem Romanum, Latinum verò morientem. Sed noſtrâ conſtitutione propter hujuſmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipſis Latinis etiam legem Iuniam, & ſenatuſconſultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri cenſuimus, vt omnes liberti civitate Romanâ fruantur: & mirabili modo quibuſdam adjectionibus ipſas vias quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam tranſpoſuimus.

De adſignatione libertorum.

CAPVT VIII.

IN ſumma quod ad bona libertorum admonendi ſumus, cenſuiſſe ſenatum, & quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejuſdem gradus ſunt, æqualiter bona libertorum pertineant: tamen licere parenti [1], vni ex liberis adſignare libertum, vt poſt mortem ejus ſolus is patronus [2] habeatur, cui adſignatus eſt: & ceteri liberi, qui ipſi quoque ad eadem bona nullâ adſignatione interveniente pariter admitterentur, nihil juris in iis bonis habeant: ſed ita demùm priſtinum jus recipiant: ſi is, cui adſignatus eſt, deceſſerit nullis liberis relictis [3].

* 1 LICERE PARENTI] Manumiſſori ſcilicet; hæc enim aſſignandi licentia non egreditur perſonam illius, qui ſervum libertate donavit, qui propriè patronus dicitur: nam liberi manumiſſoris quamvis pro patronis ex lege XII. tab. habeantur, tamen paternum libertum liberis ſuis aſſignare non poſſunt, etiamſi eis à parente fuerit aſſignatus. Idque veriſſimum eſſe conſtat, cùm Iulianus, & Marcellus conſentiant, *l. liberi, ff. hoc tit.* quia cùm aſſignatio jure ſingulari, & contra jus omne conceſſa ſit, perſonam non egreditur.

* 2 SOLVS IS PATRONVS HABEATVR] Id eſt, is ſolus patronus intelligatur; quia ſolus vocatur ad ſucceſſionem, in qua præcipua juris patronatus portio eſt, & per eminentiam jus patronatus dicitur, *l. 3. Cod. de bon. libert.* Reliqui tamen non deſinunt eſſe patroni, *l. 3. etiam, §. ſi capitis, ff. de bon. libert.* Sed ſolus is

Qq

esse fingitur, cui assignatio facta est. Neque obstat quod dicitur in *l. vlt. ff. de oper. libertor.* alios filios patroni jus patronatus non habere, cùm vni assignatus libertus est. Id enim ita intelligendum est; vt ceteri non habeant cum effectu scilicet, quamdiu is cui assignatio facta est vivit, aut liberi ejus: quia interim jus illud in aliorum persona cessat. Quos tamen revera patronos remanere apparet ex eo, quòd pristinum jus in persona illorum deprehenditur; si is, cui assignatus libertus est, nullis relictis liberis decesserit. Operarum autem petitio durante assignatione jure ceteris datur; quia operæ sunt deductæ in obligationem, quæ in heredes patroni transit, vt alia quæcumque hereditaria obligatio.

[1] NVLLIS LIBERIS RELICTIS] Liberos autem, ait Vlp. *l. 3. §. pen. ff. hoc tit.* accipere debemus non solùm filios, sed etiam nepotes, & neptes, deincépsque descendentes. Quod ideo notandum esse censet, ne quis fortè hoc senatusconsultum, quod nominatim derogat juri communi, strictè accipiendum esse censeret de liberis primi gradus: contra latissimam appellationem, quam esse ex lege XII. tab. nominatim ait *l. liberorum, ff. de verb. signific.*

§. I. Nec tantùm libertum, sed etiam libertam: & non tantùm filio nepotíve, sed etiam filiæ neptíve adsignare permittitur.

§. II. Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, vt eis quos in potestate habet, adsignare ei libertum libertámve liceat. Vnde quærebatur, si eum cui adsignaverit, postea emancipaverit: num evanescat adsignatio. Sed placuit evanescere, quod & Iuliano & aliis plerisque visum est [4].

[4] ALIIS PLERISQVE VISVM EST] Vulgò dicitur obstare *l. vtrum 9. ff. hoc tit.* sed probanda est omnino interpretatio, & solutio D. Cujacii, quam dedit in *prioribus notis.*

§. III. Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo & Osterio Scapula Consulibus.

De bonorum possessionibus.

CAPVT IX.

IVS bonorum possessionis introductum est à Prætore emendandi veteris juris gratiâ. Nec solùm in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emendavit, sicut suprà dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, quum institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet, quum a Prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus.

* POSTQVAM de successionibus & testamentariis, & legitimis egit Iustin. transit ad honorarias successiones. Illæ hereditates propriè appellantur, hæ bonorum possessiones, quæ introductæ dicuntur à Prætore emendandi, corrigendi, impugnandi, & supplendi veteris juris gratiâ; quod quâ ratione intelligendum sit, videndum est. Emendare, non est abrogare, aut tollere jus, aut ei derogare, aut subrogare; quod efficere sola lex potest, aut ea juris pars quæ legis habet vigorem, *l. 35. ff. de Reg. jur.* Prætor autem est tantùm juris dicendi, & reddendi gratiâ creatus, non ferendi. Sed emendare nihil aliud est, quàm mendum, quod Legislatori nec opinanti exciderat, tollere ex mente ipsius auctoris, & servatâ ejus sententiâ: quod semper facit colore quæsito, & ratione petitâ ex jure civili; vt nihil ex sese moliri, sed semper inniti & inhærere præceptis illius videatur. Quomodo etiam corrigere jus dicitur, id est, id quod in pravum detorqueri cœpit dirigere, & rectum facere: quo sensu dicuntur mensores fines regere, cùm depravatos restituunt & reformanr; & hinc titulus finium regundorum.

Dices: impugnandi verbum recipere hanc interpretationem non potest, cùm impugnare sit contrà pugnare, adversari, & contradicere: vnde Prætorem non tantùm corrigere, sed etiam evertere posse jus civile dicendum videtur. Sed respondeo, Prætorem dum impugnat colorem quærere, quasi scilicet emendet & corrigat, non quasi ex adverso pugnet: nihil enim contra id quod diserè, & expresè verbis juris continetur facit, sed contra id, quod ex his verbis per consequentias disputando, certâ ratione elicitur; vt rigorem, & subtilitatem juris, adhibito humanitatis temperamento molliat; vt in bonorum possessione contra tabulas, quæ patrono præterito, aut liberis emancipatis datur, videre est. Nulla enim lex prohibet illos capere hereditatem, sed lex XII. tab. impugnatur per consequentias; cùm testamentum impugnatur, quod lex XII. tab. confirmat. Quod licet etiam ostendere exemplo proposito in §. *aliquando, hoc tit.* in bonorum possessione secundùm tabulas, quæ postumo instituto dabatur. Nullâ enim lege, aut simili juris parte erat prohibitum, ne postumus institueretur; nam tunc bonorum possessio cessaret, *l. 12. §. vlt. ff. de bonor. possess.* sed per consequentias deducebatur ex eo, quod erat receptum incertam personam non posse institui, vt docet Vlpian. in *Fragm. tit.* 22. & Iustinianus §. *incertis, de legatis, suprà*: postumus autem erat incerta persona; imò ne persona quidem, aut animal, sed portio quædam viscerum matris, *l. 1. §. ex hoc rescripto, ff. de ventre inspic.* Prætor tamen bonorum possessionem secundùm voluntatem defuncti, vt alii cuicumque heredi scripto, ei pollicebatur, postquam natus esset; nixus regulâ juris, *Qui in vtero est, pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur, l. 7. qui in vtero, ff. de statu hominum.* Ex qua specie manifestè apparet Prætorem jus ipsum non impugnare, id est ei non adversari, aut contradicere; sed ratione ex ipso jure petitâ emendare id, quod durum, & asperum nimis videtur. Quâ ratione autem suppleat, ex his quæ diximus suprà de bonorum successione *vnde cognati* proximitatis nomine introductâ, satis constat.

§. I. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi [1] veteris juris, sed magis confirmandi gratiâ pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè facto testamento heredes instituti sunt, dat secundùm tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes & adgnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remotâ quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

[1] NEQVE EMENDANDI, NEQVE IMPVGNANDI] Ne dicas Prætorem cùm emendat vel impugnat, abrogare vel tollere jus civile: hoc enim est supplere potiùs, vel adjicere quod juri civili deest, quàm emendare, vt eleganter in *§. 3. versic. media, suprà, de legitima agnatorum success.* Prætores dicuntur paulatim asperitatem juris civilis corrigere, sive quod deest supplere, datâ bonorum possessione *vnde cognati*. Cùm enim emendat, supplet, id est addit aliquid juri civili. Aliquando tamen cùm emendat detrahit aliquid, quo casu propriè impugnare dicitur; vt cùm emendatâ iniquitate juris civilis, dat bonorum possessionem *contra tabulas* patrono prætertito, *§. qua de causa, suprà, de successione libertorum*, quâ rescindit pro parte tabulas, quæ omnino jure civili valent. Et cùm dat liberis emancipatis præteritis eamdem bonorum possessionem, rescindere dicitur emancipationem in *l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab.* Eâdémque formâ rescissoriis actionibus rescindere dicitur vsucapionem in *l. in honorariis, ff. de obligation. & act.* quibus omnibus casibus jus civile offundit, vel obumbrat potiùs quàm tollit; vt eleganter Irnerius ait in *l. manumissiones, ff. de just. & jure,* jus gentium offundere jus naturale introducta servitute, non omnino extinguere; quia detegi potest manumissione in iis, qui beneficio dominorum ad libertatem perveniunt. Et in exemplis suprà propositis de jure Prætorio, remanenr ipso jure tabulæ jure civili confirmatæ, sed earum pro parte tollitur effectus. Remanet emancipatio, cujus tamen effectus cessat hoc casu; quia detrahitur aliquid de viribus quas jure civili habet, non omnino extinguitur. At cùm dat bonorum possessionem postumo alieno, adjicere potiùs videtur juri civili, quàm detrahere, vel supplere. Ergo vel emendare potiùs, quàm impugnare: quamvis non impropriè dici possit impugnare; quia tuetur institutionem, quæ jure civili constare non potest. Sed cùm emendat per adjectionem, quo casu propriè dicitur supplere; vel cùm emendat per detractionem, quo casu propriè dicitur impugnare, non abrogat jus civile. Exempli causâ, cùm adjicit bonorum possessionem *vnde cognati* civilibus successionibus suorum, & agnatorum; emendat quidem, vel supplet defectus juris civilis, cui incogniti sunt cognati; sed ideo non tollit, vel abrogat jus civile. Idémque dicendum est, cùm alienos postumos adjicit suis: imò & cùm detrahit, vel impugnat datâ bonorum possessione vel patrono, vel emancipatis; quia propalam, & nominatim patronus, & emancipati non prohibentur capere successionem. Cùm enim jure civili, id est lege, vel senatusconsulto, vel constitutione Principis, quis nominatim prohibetur hereditatem capere; non solet Prætor bonorum possessionem dare, *l. 12. §. vlt. ff. hoc tit.* quia hoc planè esset abrogare, vel tollere jus civile; non detrahere, vel adjicere; non emendare, vel impugnare.

§. II. Quos autem Prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt: nam Prætor heredem facere non potest: per legem enim tantùm vel similem juris constitutionem heredes fiunt: veluti per senatusconsulta & constitutiones Principales, sed quum eis Prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur[2], & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus[3] constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatavit.

[2] LOCO HEREDVM CONSTITVVNTVR] Ideóque, inquit Vlp. *lib. Reg. tit. 28. §. hi quibus*, sive ipsi agant, sive cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, quibus heredes esse finguntur: id est Prætor dat illis bonorum possessionem; non potest enim Prætor heredes facere, vel dominos, *vulg. l. 3. ff. si vsusfruct. petatur.* Quid est ergo quod ait *l. 1. ff. hoc tit.* bonorum possessionem admissam tribuere dominium rerum quæ in his bonis sunt? His verbis docere vult Iurisconsultus, possessionem, de qua hac parte tractatur, non esse possessionem simplicem & nudam; sed possessorem constitui jure dominii, vt loquitur *l. 7. §. 1. ff. de vsufruct. l. si finita, §. Iulianus, & §. posteaquam, ff. de damno infecto*, id est, vt dicam explicatiùs, id agi nominatim à Prætore bonorum possessione datâ, vt bonorum dominus constituatur & efficiatur is, cui hanc bonorum possessionem dat; quamvis à Prætore non detur dominium, sed à jure civili, succedente deinceps puta vsucapione, quæ juris civilis est. Vt in emptione, & venditione id agi semper intelligitur, vt dominium transeat in emptorem, *l. pen. §. vlt. ff. de contrah. emptione.* Et tamen non semper venditor dominium transfert; imò nec transferre tenetur, & sufficit si præstet vsucapiendi occasionem, id est tradat vacuam possessionem, & purget se dolo malo, vt loquitur *l. 1. ff. de rerum permut.* Idem quoque præstat Prætor qui possessorem, quantum in se est, dominum esse vult, cùm hanc bonorum possessionem dat, vel jubet possidere ex secundo decreto, de quo in *d. tit. de damno infecto.* qua de re vide, si placet, D. Cujac. vindicantem sententiam Iacobi, contra Bulgarum, & Iohannem *lib. 21. Obs. cap. 36.*

*[3] NAM ANGVSTISSIMIS FINIBVS] Testamentariis finibus latissimè prospexerat lex XII. tab. his verbis, *Paterfam. vti legassit super pecunia, tutelâve rei suæ, ita jus esto*, §. 1. *suprà, de lege Falcid.* & *l. 120. verbis, ff. de verb. signif.* sed ab intestato successiones maximè coangustaverat; nam duos tantùm gradus admittebat, suorum scilicet, & agnatorum; inter quos placebat non esse successioni locum, vt diximus suprà, & si nemo ex illis esset, bona vacabant, *l. 2. §. vlt. ff. ad senatusconsultum Tertyll. & Orphit.* omni aliâ successione incognitâ. Donec Prætores asperitatem juris corrigentes, sive quod deerat adimplentes, humano proposito alium ordinem addiderunt, *vnde cognati* scilicet: & inter eos qui admittebantur successionem admiserunt, vt prioribus non petentibus, sequentes admitterentur; quâ de causâ successoria pars dicitur, sive successorium edictum, *l. 1. §. sed videndum, ff. de successor. edicto.* Et hac ratione jus percipiendarum hereditatum ex bono & æquo dilatarunt, dum hoc curant, ne quis sine successore moreretur, quod defunctorum maximè interest, *l. 6. ff. de interrogat. in jure faciend.*

§. III. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima quæ præteritis liberis datur [4], vocatúrque contra tabulas. Secunda quam omnibus jure scriptis heredibus Prætor pollicetur, ideóque vocatur, secundùm tabulas [5]. Et quum de testamentis priùs locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis qui ex edicto Prætoris inter suos connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur Vnde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis [6], quas extraneo manumissori præferebat. sunt autem decem personæ hæ: pater mater, avus avia tam paterni quàm materni: item filius filia, nepos neptis, tam ex filio quàm ex filia: frater soror, sive consangui-

nei sunt sive vterini. Quarto cognatis proximis. Quinto Tum quem ex familia. Sexto patrono & patronæ liberisque eorum & parentibus. Septimo viro & vxori. Octavo cognatis manumissoris.

* 4 PRIMA QVÆ PRÆTERITIS LIBERIS DATVR] Hæc bonorum possessio dicitur prima pars edicti, *l. ideo, ff. de Carbon. edict.* quia cùm in gratiam liberorum prodita sit, quibus communi naturæ, & parenrum voto successio defertur, eorum potissimùm rationem Prætor in illa habuit. Quem edicti ordinem æquissimum dicit, *l. 2. ff. de bonor. possess. sec. tab.* vt revera est: nihil enim æquius, quàm liberis præteritis per bonorum possessionem contra tabulas ante omnia prospicere; cùm præsertim hoc fiat sine aliorum, qui fortè instituti sunt, liberorum injuria, *l. si emancipato 17. ff. de legat. præst. contra tab. bon. possess. petita.* Hanc autem bonorum possessionem Prætor tam suis, quàm emancipatis præteritis pollicetur. Emancipatis, quia non habent jus legitimum necessaria est: suis non omnino necessaria, quia nullum testamentum dicere possunt jure civili; non tamen inutilis est, vt docet D. Cujac. in *Paratit. Cod. de bonor. possess. contra tab.* & in illorum gratiam à Prætore inducta; vt apparet ex eo, quòd colore suitatis rescissâ emancipatione illis datur.

* 5 VOCATVR SECVNDVM TABVLAS] Hæc bonorum possessio dicitur secundùm voluntatem, quando extant tabulæ septem testium signis signatæ; & ita etiam scriptæ, vt legi possint, *l. 1. ff. si tabulæ testam. extab.* Vnde cùm consideret Prætor tabulas, & scripturam; meritò dubitatur an datetur bonorum possessio, si nuncupativum esset testamentum? & receptum est ex mente Prætoris, ex sententia scilicet edicti, dari secundùm nuncupationem, vt & contra nuncupationem, *l. 2. bonorum, C. de bonor. possess. sec. tab.* & *l. 1. C. de bon. possess. cont. tab. liberti.* Ex verbis edicti dari non potest; quia Prætor facit in edicto mentionem tabularum, & testamentum quod sine scriptis fit Prætor ignorabat, vt docet Theophilus §. *vlt. suprà, de testam. ordin.* Sed cùm in ea bonorum possessione Prætoris propositum sit jus civile confirmare, & omnibus jure scriptis heredibus succurrere; jus autem civile testamenta comprobaverit, quæ septem testibus adhibitis, & voluntate coram eis nuncupatâ fiunt: ad id quoque testamenti genus edictum Prætoris producere, & extendere consentaneum visum est. Atque ita & ex mente, & ex interpretatione edicti, cùm verba deficerent, dari cœpit bonorum possessio contra, & secundùm nuncupationem.

6 TERTIO DECEM PERSONIS] Hanc prætermittit Vlp. *lib. Reg. tit. 28.* quæ respicit ad casum, quo, non contractâ fiduciâ, extraneus emptor imaginarius ter repetitâ emancipatione manumissor exitit. Ideòque hodie non est locus huic tertio gradui; quia semper fingitur filius emancipatus contractâ fiduciâ, *l. vlt. C. de emancipat.* Non est locus quinto; quia familiæ patroni, id est agnatis, sufficit secundus gradus *vnde legitimi*, quo & ipsum patronum vocari constat, *l. 3. ff. de suis & legitim. l. si libertus præterito, ff. de bonis libertor.* & in *collat. l. Mosaica cum l. Rom. tit. vlt.* Sufficit, inquam, familiæ secundus gradus, patrono qui præcedit nolente, aut non petente ex eodem gradu bonorum possessionem intra constituta tempora; quia ex constitutione Iustiniani in legitimis, & tamquam legitimis, hodie est successioni locus, §. *placebat, suprà, de legitima agnat. success.* Patrono ergo excluso, succedunt patroni agnati, qui petere possunt ex eodem gradu. Et necessarius non est quintus gradus, qui dicitur *tum quem ex familia.* Imò nec sextus liberis patroni, patronæque, & parentibus eorum; quia post patronum ex secundo venire possunt. Nec patrono ipsi; quia excluditur à liberis, & parentibus, qui in secundo gradu succe-

dunt: & si non excludatur, venire potest ex parte *vnde cognati*, tamquam cognatus, hodie redactâ successione libertorum adinstar successionis ingenuorum. Et ideo non est etiam necessarius octavus *vnde cognati manumissoris:* quia his sufficit bonorum possessio ex quarto gradu *vnde cognati*: ex nova enim Iustiniani constitutione, vocantur vsque ad quintum gradum cognationis, & præferuntur viro, & vxori, immutato veteri ordine edicti: de quo vide si placet quæ suprà notavi *lib.* 1. *in tit. Quibus mod. tutela finitur.*

§. IV. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidem & secundùm tabulas bonorum possessiones admisimus, vtpote necessarias constitutas: necnon ab intestato, Vnde liberi, & Vnde legitimi bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, Vnde decem personæ: eam pio proposito, & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Quum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdémque manumissoribus contractâ fiduciâ manumissionem facere dedit. vt ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublatâ igitur præfatâ quintâ bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur.

§. V. Qúmque antea[7] fuerat septimo loco bonorum possessio, Tum quem ex familia, & octavo, Vnde liberi patroni patronæque & parentes eorum: vtramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus. quum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuimus, quas vsque ad quintum tantummodo gradum coartavimus, vt sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quàm Vnde legitimi & Vnde cognati: ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto.

* 7 CUMQUE ANTEA] Summa cum ratione has quatuor bonorum possessiones, quasi superfluas sustulit Iustinianus: vnde decem personæ, tum quem ex familia, vnde patroni patronæque, & vnde cognati manumissoris. Et prima quidem, quia cùm hodie nullus sit extraneus manumissor, & sublato coëmptore, & imaginariis venditionibus, pater contraxisse fiduciam semper intelligatur, vt est in *§. vlt. suprà. de legitim. agnator. success.* sequitur illum non indigere illo Prætoris beneficio, vt ad filii emancipati successionem admittatur; cùm ipse solus jura patronatus habere possit. Non propter dationem libertatis, vt olim, cùm non possit libertas ei data videri, qui ne in imaginariam quidem servilem causam deductus est: sed quia pater eum emancipando, beneficium præstitit bonorum quærendorum: quippe si filiusfamilias remansisset, quodcumque sibi acquisisset, ejus emolumentum patri

acquisiisset, *l. 1. ff. si à parente quis manumiss.*

Cur autem tres alias evacuaverit, duæ rationes reddi possunt, quæ excutiendæ sunt. Prima est, quòd pene consonantia jura ingenuitatis, & libertinitatis fecerit in successionibus Iustinianus, §. 3. *versic. multis aliis, suprà, de success. libertor.* Sicut enim in ingenuorum successionibus, post liberos secundo ordine agnati vocantur, tertio cognati: ita etiam in libertinorum, post liberos secundo ordine patroni, liberíque eorum veniunt, quasi quodammodo agnati; quatenus scilicet in agnatorum locum suffecti sunt, cùm liberti nullos agnatos habere possint. Quo etiam colore & obtentu veniunt tertio gradu cognati, patroni videlicet; quasi & ipsi liberto cognatione juncti sint. quibus cùm accommodentur bonorum possessiones *vnde legitimi*, & *vnde cognati*, quæ in ingenuorum successionibus introductæ sunt: meritò prædictas quasi superfluas Iustinianus rejecit; cùm ex istis possint tam patroni, eorúmque liberi, quàm agnati, & cognati patronorum, sua jura vindicare.

Altera quæ affertur à D. Cujacio *lib. 20. Obs. cap. 34.* ex constitutione Iustiniani est: quia in legitimis hereditatibus hodie recepta est successio, quæ olim non habebat locum: nam proximiore agnato excluso, remanebant reliqui omnes penitus semoti; sed Prætor rem emendabat, & per *vnde cognati*, eos admittebat. Quod in libertorum quoque successionibus, cùm essent legitimæ, proculdubio observabatur; nam patrono, aut patroni filio, vel vno ex agnatis patroni excluso, ceteri ad bonorum possessionem vnde legitimi, vel tamquam ex familia, admitti ampliùs non poterant; sed illis necessariò erat recurrendum ad bonorum possessionem *vnde patroni patronæque*, vel *vnde cognati manumissoris*, ne in totum excluderentur. Verùm cùm Iustinianus tam in libertorum, quàm ingenuorum hereditatibus successionem non esse denegandam existimaverit, vt posteriores gradus per primum exclusi, non cogantur hodie descendere ad aliam bonorum possessionem, sed ad eamdem admittantur: meritò asserit Iustinianus sufficere bonorum possessiones *vnde legitimi*, & *vnde cognati*.

Sed dicet quis: injuria videtur fieri agnatis patroni, qui olim tamquam agnati vocari poterant per bonorum possessionem *tamquam ex familia*, & ab ea exclusi, rursus admittebantur ad beneficium bonorum possessionis *vnde cognati manumissoris*; cùm hodie admitti tantùm possint ex vno capite, nimirum per *vnde cognati*. Respondeo, illos nullo modo lædi, cùm illis datur bonorum possessio *vnde legitimi*; non quòd à lege XII. tab. sint vocati, sed ex constitutione Iustiniani, quæ fecit vt libertorum successiones, ad similitudinem ingenuorum redigerentur. Atque ita, tollendarum veterum bonorum possessionum ratio generalis petitur eleganter ex illa succedendi similitudine, quæ tam in libertis, quàm in ingenuis locum habet, vt hîc dicitur à Iustiniano.

§. VI. Aliam verò bonorum possessionem, quæ Vnde vir & vxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus, decimâ veteri bonorum possessione, quæ erat Vnde cognati manumissoris, propter causas enarratas meritò sublatâ: vt sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

§. VII. Septima eas sequuta, quam optimâ ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio,

sessio, quibus vt detur, lege vel senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi vltimum & extraordinarium auxilium, provt res exegit, accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibúsve Principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

*[8] SEPTIMA EAS SEQVVTA] Hæc bonorum possessio extraordinaria dicitur, quia differt maximè à ceteris: illæ enim stabili jure inter eas, quæ ex testamento, vel ab intestato dantur à Prætore connumerantur: ista autem tam ex testamento, quàm ab intestato datur illis, quibus vt detur, lege, senatusconsulto, aut constitutione comprehensum est. Sed dicet quis: hæc videtur superflua; nam illi qui lege, senatusconsulto, aut constitutione ad successionem admittuntur, sunt legitimi successores, *l. 3. §. vlt. ff. de petit. heredit.* legitimis autem heredibus datur bonorum possessio vnde legitimi. Sed vt rectè docet Vlpian. in *l. 1. §. vlt. ff. vt ex legib. senatusconsultis bonor. poss. detur.* cùm lex, aut similis constitutio defert successionem, distinguendum est, an hereditatem, an bonorum possessionem deferat: nam cùm hereditatem, locus est bonorum possessioni vnde legitimi; cùm specialiter bonorum possessionem, ex hac parte datur, *l. 3. generaliter, ff. vnde legitim.* Deinde observandum, hanc possessionem cum aliis concurrere, vt indicant hæc verba, *d. l. 1. ff. vt ex legib. numquam bonorum possessio, quæ ex alia parte edicti adgnita est, impedit istam.* Id est, quamvis bonorum possessio *vnde legitimi* petita sit, potest nihilominus ex hac parte dari; cùm hæc nullam certam habeat speciem succedendi; cùm tam ex testamento, quàm ab intestato detur, neque ordinarias excludit, neque ab ipsis excluditur.

§. VIII. Quum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset: & in vnaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent quos convenirent, & ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit.

§. IX. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum possessione annuum spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit: vel si nemo sit deinceps, ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

§. X. In petenda autem bonorum possessione dies vtiles singuli considerantur. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione[9] curet: sed quocumque modo si

admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.

*[9] NE QVIS PRO PETENDA BONORVM POSSESSIONE] Bonorum possessio certo ritu, ordine & solemnitate petebatur à Prætore, vt indicat rubrica, *quis ordo in bonorum possess. servetur*, in qua ordo pro ritu ponitur, & solemnibus, vt in §. *vlt. infrà, de interdictis*, ordo interdictorum, pro eorum solemnibus, & pro formulis præsertim, ac conceptionibus verborum accipitur: quo sensu dicebantur olim ordinaria judicia, in quibus conceptio formularum observabatur, *l. actio, ff. de negot. gest.* Quæ solemnia, cùm muti, surdi, cæci, furiosi, & simili morbo laborantes non possent implere; meritò quærebatur, an illis competeret bonorum possessio, & tempus petendi, quod est vtile, in illorum persona curreret, vt apparet ex *tit. de bonor. possess. infanti, furioso, muto, surdo, cæco compet.* sed paulatim constitutionibus Imperatorum petendi sublata necessitas, solemnitates relaxatæ, & concessum quocumque voluntatis judicio eam agnoscere.

De adquisitione per adrogationem.

CAPVT X.

EST & alterius generis per vniversitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure[1], quod consensu receptum est, introducta est. Ecce enim quum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes[2], & jus adgnationis. Vsus etenim & vsusfructus, licèt his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minimâ eos tolli nostra prohibuit constitutio: nunc autem nos eandem adquisitionem quæ per adrogationem fiebat, coartavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil etenim aliud nisi tantummodo vsusfructus, tam naturalibus patribus, quàm adoptivis, per filiosfamilias adquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato.

[1] SED EO IVRE] De hoc jure vide omnino D. Cujac. ad *l. 2. §. his legibus latis, ff. de orig. juris.*

[2] QVALES SVNT OPERARVM OBLIGATIONES] Ius patronatus, quod à lege XII. tab. defertur, perire capitis minutione ipso jure: sed tuitione, & officio Prætoris conservari, suprà, *lib. 1. tit. quibus modis tutela finitur*, certissimis argumentis confirmavi. Vnde meritò quæritur, quare capitis minutione omnino pereat obligatio operarum; & quare hoc casu suppetias non ferat Prætor, qui nihil ex jure patronatus perire patitur? Et placet valde quod D. Cujac. docuit, hunc locum esse accipiendum de officialibus operis, quarum proprietas in persona edentis, & in ejus cui eduntur ita consistit, vt cuiquam alii quàm patrono hæ operæ deberi non possint, *l. 9. ff. de operis libertor.* Mutato igitur statu ejus cui debentur, ita perit

hæc obligatio, vt nihil tuitio Prætoris præstare possit: quia si eas conservamus adrogato patrono, necessum omnino est has operas acquiri adrogatori, quod hujus obligationis natura non patitur.

[2] QVALES SVNT OPERARVM OBLIGATIONES] Hoc non potest intelligi de operis servorum; quia cùm illæ non pereant capitis diminutione, *l. 2. ff. de vsu & vsufruct. leg.* & in heredes transeant, acquiruntur adrogatori. Non etiam de operis artificialibus libertorum; quia cùm quasi in pecuniæ præstatione consistant, in heredem transeunt, & consequenter in adrogatorem, *l. 6. fabriles, ff. de oper. libert.* Sed de officialibus exaudiendum, quarum proprietas cùm in edentis persona, & in ejus cui eduntur consistat, *l. 9. opera, ff. de oper. libert.* personam patroni non egrediuntur, eique tantùm solvi possunt; non extraneo, qualis est adrogator, *l. 10. 11. 12. ff. eod. tit.* cui cùm acquiri nequeant, aut in persona adrogati consistere, quin transeant in adrogatorem; sequitur illas perire, vt explicat eleganter D. Cujac. hoc loco.

Sed maxima sese offert dubitandi occasio circa id quod diximus, officiales operas minimâ capitis minutione perire: quoniam illas naturaliter deberi patrono certum est, *l. 26. libertis, ff. de condict. indebiti*, & id quod naturâ debetur, minimâ capitis diminutione perire non solet: quia post eam manet naturalis obligatio, cùm ratio civilis naturalia jura corrumpere non possit, *l. 2. §. is qui, & l. 8. eas obligationes, ff. de capit. minut.* vnde videtur dicendum, operas officiales etiam post adrogationem deberi.

Respondeo: licèt naturaliter debeantur, non tamen peti posse, nisi libertus eas patrono promiserit, post quam promissionem incipiunt deberi civiliter; quæ obligatio civilis minimâ capitis diminutione perimitur. Et hoc sine dubio innuit Iustinianus, dum ait operarum obligationes perire, civiles scilicet, naturales enim remanent. Et ideo, si operas officiales libertus per errorem patrono adrogato præstiterit, non poterit repetere; quia semper verum est eas naturâ deberi, *d. l. 26. §. libertus*: quo casu negare non possumus, per patronum adrogatum acquiri patri adrogatori emolumentum operarum, & non obligationem. Sicut dicitur per filiumfam. heredem institutum patri, non hereditatem, aut jus successionis, sed commodum, & emolumentum hereditatis acquiri, *l. 1. in princip. ff. si à parente quis manumiss. sit.* Quæ sint autem differentiæ inter operas officiales, & artificiales, docet D. Cujac: *lib. 17. Obs. cap. 14.*

§. I. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ adquiri non possunt, antecedunt. Sed ex diverso pro eo quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur [3]: & si noluerit eum defendere permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus [4], bona, quæ ejus cum vsufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere & legitimo modo ea disponere.

[3] NOMINE FILII CONVENIETVR] De peculio nomine filii naturalis vel adoptivi pater tenetur, *l. Fulcinius, §. si quis actionem, ff. quibus ex causis in poss. eat.* & passim in *tit. de peculio*, sed quod debetur à filio proprio nomine in solidum actione directâ, à patre verò actione Prætoriâ filii nomine, quatenus est in peculio pater

tenetur solvere, vel constituere suo nomine, vel nomine filii, *l.* 1. §. *vlt.* & *l.* 2. *ff. de constituta pecunia*, *l.* 59. *ff. de solutionib.* suo nomine tamquam pater: quia de peculio obligatus est; nomine filii tamquam quilibet extraneus, vt expungat obligationem, qua filius ipse obligatus est in solidum. Sic enim hæc videntur diligentiùs distinguenda.

* 4 PER COMPETENTES NOSTROS MAGISTRATVS] Non ergo per judices datos à magistratu; quia notionem tantùm habent, *l.* 5. *ait Prætor*, *ff. de re judicat.* at missio in possessionem, atque adeò venditio bonorum quæ illam sequitur est jurisdictionis, *l.* 1. *ff. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Deinde hoc non fit sine causæ cognitione, & sine decreto, *l.* 4. *si servus*, *ff. de reb. auctor. judicis possid.* at vbi causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur, *l.* 105. *vbicumque*, *ff. de Reg. jur.* vbi decretum, ibi & tribunal: tribunal autem soli judices qui sunt magistratus habent, *l.* 1. *ff. de judiciis.* Iudices igitur hoc peragere nequeunt, imò ne magistratus quidem municipales; nam licèt habeant jurisdictionem, habent tantùm ad certam summam, vt docet Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. & non habent ea quæ magis sunt imperii, quàm jurisdictionis, *l.* 4. *jubere*, *ff. de jurisdict.* *l.* 26. *ea quæ*, *ff. ad municipal.* ita in possessionem mittere rei servandæ causa non possunt. Et missio in possessionem non à quocumque magistratu concedi potest; sed à competente, qui nimirum habet ea quæ magis imperii, quàm jurisdictionis sunt, & id exequi potest intra fines territorii sui, *l.* 12. *cum vnus*, §. 1. *ff. de reb. auctor. judic. possid.* In qua rubrica observandum est, quod judicis nomen pro magistratu populi Rom. aut provinciali, id est Prætore, aut Præside accipitur, vt ex præcedentibus manifestum est.

De eo cui libertatis causâ bona addicuntur.

CAPVT XI.

ACCESSIT novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causâ, audiuntur.

* TRIBVS his verbis continebatur Prætoris jurisdictio, *do*, *dico*, *addico*: qua addictione vtebatur vtplurimùm Prætor in cessionibus, vt docet Vlp. in *Frag. tit.* 19. Cùm igitur addictio decreto Prætoris fieret, sequitur eum, cui bona addicebantur, heredem factum non fuisse; cùm Prætor heredem facere non potuerit, §. *quos autem*, *suprà*, *de bonor. possess.* quod innuunt manifestè verba rescripti, *Perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset.* quæ iterum Imperator inculcat; vt ostendat eum cui addictio fit pro herede haberi, sed propriè heredem non esse. Glossa autem quærit, an ex testamento, an autem ab intestato videatur succedere? & asserit quasi anomalum esse successorem: sed ad veritatem accedit propiùs, eum quasi ex testamento admitti, vt docet D. Cujac. in *Paratit. Cod de testam. manumiss.* Quasi, inquam, ex testamento; nam defuncti voluntatem revera non habet: sed institutionis beneficio admittitur qui institutus non est, sive liber, sive servus sit; si creditoribus omnibus satisfaciat, & libertates imponat iis, quibus voluit testator, vt constat ex

l. 6. & vlt. Cod. de testam. manumiss. cùm regulariter nancisci, aut adire hereditatem ex testamento non posset, nisi qui nominatus, & institutus esset. Aditio enim ex testamento fit, & consequenter qui institutus non est, adire cum effectu nequit. Sed hoc fit contra regulas juris favore libertatis, cujus gratiâ, antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est, *§. vlt. suprà, de donat.* & vt infamiam distractionis bonorum defunctus evitet; qua de causa hoc rescriptum dicitur subvenire defunctis, *§. hoc rescripto, hoc tit.*

§. I. Et ita divi Marci rescripto ad Popilium Rufum [1] continetur. verba rescripti ita se habent: Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, vt venire debeant: is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, vt libertatum tam earum, quæ directò, quàm earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratiâ addicantur tibi: si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset. Ii autem quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequantur: ita vt si non aliâ conditione velis bona tibi addici, quàm vt etiam qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum aliâ ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit [2], & ii, qui rebus nostris attendunt: scient commodo pecuniario præferendam libertatis causam: & ita bona cogenda vt libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt si hereditas ex testamento adita esset.

[1] AD POPILIVM RVFVM] Theoph. existimat hunc Popilium fuisse servum, cujus sententiam sequitur hoc loco D. Cujac. *Quia servi quidam*, inquit, *erant binomines, l. Gaius Seius, ff. de manumiss.* & in antiqua inscriptione *Marcus Rhenius.* Contrariam tamen sententiam magis probat in recitationibus ad Papinianum, *l. quod divo Marco, ff. de manumissis testamento.* Et hanc existimo esse veriorem; quia in *d. l.* Gaius Seius sese pro libero gerebat; vt Barbarius ille Philippus, de quo Suidas, & Iurisconsultus in *l. 3. ff. de offic. Pretoris*; vt Vibius Maximus apud Dionem *histor. lib.* 48. Hi enim duplex nomen vsurpabant suppresso servili nomine, quod nominatim Suidas ait redditum fuisse Barbario Philippo. Ceterum deceptus fuit D. Cujac. à corrupta inscriptione, quam integram dedit Smetius in volumine inscript. his verbis, *Marcus Rhenius libertus, Xistus Tiberii Imperat. servus.*

[2] FISCVS BONA AGNOSCERE VOLVERIT] Vlp. in *l. 4. §. eadem, ff. de fideicommiss. libertatib. Eadem*, inquit, *constitutio prospexit, vt si fiscus bona admiserit equè libertates competant.* Quod sic accipiendum est ex *l. quod D. Marco, ff. de manumiss. testamento*, & ex *hoc §.* vt si bona venitura sint creditoribus prosequentibus, fiscus possit ex constitutione bona agnoscere, vt quilibet extraneus. Imò, in hac addictione fiscum esse præferendum docet, *d. l. 4. §. si bona.* Sed si aliâ ratione agnoscat, puta, si fiscus vindicaverit bona tamquam vacantia, vt loquitur *d. l. quod D. Marco*; ex lege Iulia, de qua Vlp. *lib. Reg. tit.* 28. & Iulianus in *l. quidam* 96. *§. quo-*

tiens, ff. de legatis 1. huic constitutioni locus non est. *Quare*, inquit Vlp. *in dicta l.* 4. §. *eadem etsi caducis legionis bona delata sint idem erit approbandum:* quæ verba emendat D. Cujac. & legendum esse censet *caducariis legibus*, quibus nempe bona deferuntur fisco. Sed de his caducariis, quibus bona caduca, vel vacantia vindicantur fisco, omnino sunt accipienda verba quæ præcedunt: *Si aliâ ratione agnoscat*, id est ex lege Iuliâ caducariâ: frustra ergo, imò ineptè id repeteret quod jam dictum fuit. Ideóque semper existimavi hunc locum esse accipiendum de bonis caducis, vel vacantibus intestati militis, quæ legioni deferuntur; *l. 6.* §. *quam distinctionem; ff. de injusto rupto:* vt hic sit *d.* §. elegans sensus, non esse locum constitutioni, si fiscus bona vacantia pagani occupaverit; vel legio caduca, aut vacantia militis. Quod bellissimè confirmatur ex *l. vlt. ff. de jure immunitatis*, vbi Iurisconsultus inter ministeria legionum recenset librarium caducorum, qui hæc caduca, vel vacantia militum bona in commentarium referebat.

§. II. Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: extitit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

§. III. Inprimis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? favor constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decedat, & codicillis dederit libertatem: competere eam nemini dubium est. *Ex Vlp. l. 2. de fidei-comm. libert.*

§. IV. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, quum nemo successor ab intestato existat: ergo quamdiu incertum erit, vtrum existat, an non, cessabit constitutio. Si certum esse cœperit, neminem extare, tunc erit constitutioni locus. *Ex Vlp. l. 4. de fidei-comm. libert.*

§. V. Si is qui in integrum restitui potest, abstinuerit se ab hereditate [3], quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo si post addictionem libertatum conservandarum causâ factam, in integrum sit restitutus? Vtique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt. *Ex Vlp. d. l. 4.*

* 3 ABSTINVERIT SE HEREDITATE] Sui heredes propriè abstinere, aut immiscere se dicuntur; extranei autem adire, aut repudiare; §. *extraneis, suprà, de hered. qualit. & differ.* Vnde rectè notant interpretes, titulum *de acquirenda vel omittenda hereditate, ff.* ad extraneos tantùm, non ad suos pertinere; quandoquidem in illis aditio necessaria non est, *l. 14. ff. de suis & legitim. heredib.* & repudiare non possunt, cùm ex lege XII. tab. tam ex testamento, quàm ab intestato heredes existant, §. *sui autem, suprà, de hered. qualit. & differ.* Sed hoc loco constat, non adeò religiosè has loquendi formulas Iurisconsultos, sicut diximus, observasse, quin aliquando abutantur; & extraneos etiam abstinere dicant, cùm repudiant, aut adire recusant.

§. VI. Hæc constitutio libertatum tuendarum causâ introducta est. Ergo si libertates nullæ sunt datæ, cessat constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates[4], vel mortis causâ, & ne de hoc quæratur vtrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sunt? Et magis est vt audiri debeant, & si deficiant verba constitutionis.

* 4 VIVUS DEDERIT LIBERTATES] Hoc rationi maximè consentaneum, ne retrahantur in servitutem qui libertate donati sunt. Quod potest contingere, si creditores contenderent in fraudem, & necem ipsorum libertates datas fuisse; nam qui in fraudem creditorum manumittit, nil agit, §. 1. *suprà, quib. ex caus. manumitt. non lic.* & si addictio fit vt libertates præstentur, aut competant; multo magis admittenda est addictio, vt manumissis inter vivos libertates conserventur. Quod mirum videri non debet, cùm in *l. vlt. in fine, Cod. de testam. manumiss.* constet etiam eum, cui nulla libertas relicta est, posse desiderare, vt solitâ cautione præstitâ bona sibi addicantur: quo casu evenit, vt per eum cui libertas relicta non est, aliis libertas præstetur; quod libertatis favor extorsit, quæ omnibus rebus præfertur, *l. libertas, 106. ff. de Reg. jur.*

§. VII. Sed quum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere. *L. vlt. Cod. de testam. manumiss.*

De succeßionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem & ex senatusconsulto Claudiano.

CAPUT XII.

ERANT ante prædictam successionem olim & aliæ per vniversitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages[1] fuerat introducta, & tunc locum habebat quando judicia ordinaria in vsu fuerunt. sed quum extraordinariis judiciis[2] posteritas vsa est: ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere: & prout vtile eis visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris perfectiùs apparebit.

VESTIGIA hujus successionis extare in *l. Imperator, ff. de pactis*, & in *l. cum bona, ff. de bonis auctoritat. judic. poss.* viri docti observant.

* HÆC successio habebat maximam similitudinem, & affinitatem cum præcedenti; vtroque enim casu locum habebat addictio. Et sicut addictio in *superiori titulo*, fiebat hac lege vt libertates præstarentur, & creditoribus fieret satis: ita & in

hoc titulo, emptori substantia defuncti hac conditione addicebatur, vt creditores debitoris dimitteret. Et sicut emptor de dimidia, tertia, aut alia parte præstanda, poterat cum creditoribus pacisci: ita & is, cui libertatum conservandarum causâ bona addicebantur, poterat cum creditoribus pacisci, vt non in solidum, sed in partem debita solveret; & certum servorum numerum ad libertatem perduceret, non omnes qui libertatem in testamento acceperant, *l. vlt. §. fin autem, Cod. de testam. manumiss.* Denique emptor, vt & is cui libertatis causâ addictio facta erat, heres non erat; sed heredis loco, & quasi bonorum possessor.

*[1] PER MVLTAS AMBAGES] Hujusmodi ambages, circuitus, & solemnitates, fusè explicat hoc loco Theoph. itaque ex eo poteris repetere.

[2] EXTRAORDINARIIS IVDICIIS] In quibus nempe non observatur vetus ordo, & formularum conceptio accurata, *l. actio, ff. de negot. gest.* de solemnibus hujus venditionis, vide Theoph. hoc loco.

*[2] EXTRAORDINARIIS IVDICIIS] Ordinaria judicia erant, (si fides Theophilo) cùm tempore conventus celebrabantur. Quid autem essent conventus, docet ipse ad §. *eadem lege, suprà, quib. ex cauſ. manumitt. non lic.* Sed dicendum ordinaria fuisse, cùm solemni more, & certis præscriptisque formulis exercebantur: extraordinaria autem, cùm non observabatur vetus ordo, & formularum præscriptio, *l. actio, ff. de negot. gest.*

§. I. Erat & ex senatusconsulto Claudiano[3] miserabilis per vniversitatem adquisitio: quum libera mulier servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus. *L. 1. Cod. de senat. Claudian. toll.*

[3] EX SENATVSCONSVLTO CLAVDIANO] De hoc senatusconsulto, vide Cujac. *lib. 21. Obs. cap. 16.*

De obligationibus.

CAPVT XIII.

NVNC transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum[1], quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundùm nostræ civitatis jura.

[1] OBLIGATIO EST IVRIS VINCVLVM] D. Ambros. in *lib. de Nabute, cap. 10. Quid tibi vis cum libro, & charta, & signaculo, & scriptione, & vinculo juris.* & in *libro de Tobia, cap. 3. Itaque priùs eum chirographis ligat, & adstringit vocis suæ nexibus.* Quibus verbis eleganter describit syngraphas, vel cautiones obligationum, quas Seneca *lib. 7. de benefic. cap. 10.* vocat *vmbras avaritiæ laborantis, vacua habendi simulachra*: quibus, vt idem auctor ait *lib. 3. cap. 15. Pacta conventa impressis signis custodiuntur, quæ potiùs fides servare deberet & æqua colens animus. Sed necessaria*, inquit, *optimis prætulerunt, & cogere fidem quàm exspectare malunt. Adhibentur ab vtraque parte testes: ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis, facit: ille non est interrogatione contentus*

contentus nisi reum sua manu tenuit. Quæ & ideo vulgari nomine cautiones appellantur, quibus in obligationibus contrahendis sibi cavere solent homines, vt nominatim D. Hieronymus observat *lib. 16. in Isaïam, cap. 58.* Et hoc sensu Salvianus Massiliensis Episcopus *lib. 4. ad Ecclesiam Catholicam, Mendacibus,* inquit, *& perjuris cautione factâ, & dato fidejussore res creditur.* Hæc sunt ergo vincula, quæ debitores adstringunt, & vt Propheta *d. loco* ait, juxta veterem translationem, dicuntur *obligationes violentarum cautionum*; quas aptissimè Septuaginta Interpretes vocant στραγγαλιὰς βιαίων συναλλαγμάτων, Tertull. *lib. 4. adversus Marcionem,* ad eumdem Prophetæ locum respiciens, *Violentiorum contractuum obnexus,* verbo juris prisci, quo nexum faciebant per æs, & libram ex XII. tabulis.

Ceterum, his verbis plusquam manifestum est definire Iustinianum obligationem, quæ omnino efficax est ad agendum adversus debitorem;& excludere obligationem naturalem, quæ nullam parit actionem, & impropriè vel per abusionem dicitur obligatio, *l. 16. §. fidejussor. & §. seq. ff. de fidejussorib.* est enim vinculum naturæ, vel æquitatis naturalis, *vulgata l. Stichum, §. naturalis, ff. de solution.* Imò & obligationem juris civilis, quæ tamen jure Prætorio, aut quo alio jure, quo Romana civitas vtitur, inefficax constituitur. Et hoc est quod ait, *quo necessitate adstringimur secundùm nostræ civitatis jura.* Nec enim dici potest efficax obligatio, nisi, vt eleganter ait *l. 3. §. 1. ff. de constituta pecunia,* res sit debita juribus: vt si quis jure civili debeat, quod tamen jure Prætorio non debet; quia, vt ait, tutus est per exceptionem, hæc obligatio nullâ necessitate potest adstringere debitorem; debitor enim non est, qui juribus non debet. Varia sunt jura quibus Romana civitas vtitur, & quamvis vno jure consistat obligatio, dici tamen verè obligatio non potest, si alio jure infirmatur, & necessitas obligationis tollitur. Verbi gratiâ, suus & necessarius heres, qui se abstinet paternis bonis, jure civili creditoribus patris obligatur, vt ait *l. necessarius 57. ff. de acquir. hereditate*; & tamen jure Prætorio non tenetur. Hæc ergo obligatio non est secundùm jura populi Rom. hic heres non est obligatus juribus; quia hæc obligatio nullam necessitatem habet, cui nominatim est impedimento jus Prætorium. Idémque dicendum est de obligatione filiifam. cui pecunia credita est, de obligatione mulieris, quæ alienam suscipit obligationem: quia ex jure introducto ex senatusconsultis Macedoniano, & Velleiano, tollitur omnis necessitas obligationis, *vulg. l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indebiti.*

Possum & alia exempla afferre, sed hæc sufficiunt ad vindicandam veram hujus longè difficilis loci sententiam. Nec enim, si verum amamus, admittere debemus interpretationem, quæ hæc verba, *secundùm nostræ civitatis jura,* refert vel ad legitimos solutionis modos; vel ad causas civiles & legitimas, ex quibus initio nascitur, & consistit obligatio. Cui enim bono fuit in natura, vel substantia efficacis obligationis concipienda admonere, hanc obligationem esse tollendam solutione legitimâ: qua de re tractatur non in hac priori parte, in qua quæritur quibus modis obligatio constituatur, est enim hic titulus de obligationibus constituendis; sed in vltima parte, quâ tractatur de obligationibus dissolvendis, in *tit. quibus modis obligatio tollitur,* & in *titulis, ff. & C. de solutionibus & liberat.* Quod si referre velis ad causas legitimas, & civiles, efficis frustrà repetere Iustinianum, quod jam dixit his verbis, *juris vinculum*; quibus satis excluditur omnis obligatio turpis, inhonesta, naturalis, quæ nullam parit necessitatem.

Maneat igitur Iustinianum dixisse obligationem esse juris vinculum, cujus necessitas nullo jure, quo Romana civitas vti solet, infirmatur: definire enim voluit

SS

obligationem, quæ & initio substantiam ex jure cepit, ex causa, puta, justa, civili, legitima; & cujus effectum nullum jus impedire potest: iis enim quæ initio jure non valuerunt, rectè adjungere voluit ea quæ quamvis initio valeant, & quodam jure subsistant, ex alio tamen jure effectum habere non possunt, exemplo Papiniani in *l. ex omnibus*, 54. *ff. de condiction. indebiti.* Vt enim obligatio naturalis nulla esse dicitur, in locis à D. Cujacio notatis in *posteriorib. notis*; sic & obligatio civilis, cujus necessitas, vel jure Prætorio, vel quo alio jure omnino tollitur, vt in exemplis suprà propositis. Quod inter tot interpretes veteres, & recentiores, qui hanc definitionem variè vexarunt, solus Iohannes Faber Iurisconsultus Engolismensis quasi per nebulam vidisse videtur: sic enim ille, omissis aliis interpretationibus, *Credo quòd hic definitur obligatio, quæ recipitur à jure civili cum agendi efficacia: & hoc vult dicere, cùm ait, secundùm nostræ civitatis jura.* Quæ Iohannis Fabri sententia ex superioribus sic adminiculanda est, vt intelligamus definiri obligationem, quæ ab omni jure civili, quod constat ex variis juribus vel partibus, admittitur. Nam, vt dicam explicatiùs, cùm ait, *vinculum juris*, hoc ait ad differentiam æquitatis naturalis; sed cùm addit, *quo necessitate adstringimur secundùm nostræ civitatis jura*, hoc ait ad differentiam obligationis, quæ quamvis vno jure consistat, alio tamen fit inefficax. Et ita nomen juris generaliter accipiendum videtur in principio definitionis, vt sit vinculum juris communis quod regulariter obtinet: in fine verò cùm addit *secundùm jura*, satis denotat varia jura, varias juris partes, ex quibus jus civile generaliter acceptum constat: quasi dicat, non est obligatio necessaria, quæ quamvis jure constiterit quod generaliter, & regulariter obtinet; alio tamen speciali jure, quo & nostra civitas vtitur, non subsistit; vt in casibus suprà notatis.

Quibus addantur hi duo, qui vulgò non occurrunt. Primus est in specie *l. vlt. ff. de alienat. judicii mutandi causa*, vbi obligatio, quæ generaliter nascitur ex jure communi quasi ex contractu inter eos, quibus res eadem pariter legata, vel donata est, ex lege Licinia nominatim tollitur. Secundus est ex constitutione Principis proposita in *l. vlt. C. quod cum eo qui in aliena potest. est.* vbi tollitur obligatio Prætoria de peculio, quâ ex contractu servi tenetur dominus; si pecunia servo prædiis colendis præposito, sine speciali jussu domini credita sit.

* 1 OBLIGATIO EST IVRIS VINCVLVM] Iustinianus hîc definit obligationem, quæ omni jure civili, quod pluribus partibus constat, admittitur; & omni omnino jure, quo civitas Romana vtitur, confirmatur; cùm juribus pecunia debita est, vt loquitur Vlpianus in *l. 3. §. si quis, ff. de constit. pecun.* & qui debet adstringitur solvendi necessitate. Ab hac ergo excluditur naturalis obligatio, quæ impropriè, & per abusionem obligatio dicitur, *l. 16. §. fidejussor, ff. de fidejussorib.* quia cùm sit solius æquitatis naturalis vinculum, *l. 95. §. naturalis, ff. de solut. & liberat.* actionem non parit, & solvendi necessitate non adstringit. Imò & civilis, id est quæ jure civili firmatur; si tamen jure Prætorio, aut aliâ parte juris, quo vtitur civitas Romana inefficax constituitur; quia secundùm civitatis jura non adstringit solvendi necessitate. Verbi gratiâ, metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti quis promisit, quod non debuerat promittere, *§. 1. infrà, de exception.* jure civili est obligatus, & actio quâ intenditur dare oportere, competit; sed sine effectu, quia per exceptionem constituitur inefficax. Illa igitur obligatio hîc non definitur; sed illa quæ ita firma est, vt nullo jure quo Romana civitas vtitur possit convelli & infringi, aut ejus potestas infirmari.

§. I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera

deducitur: namque aut civiles sunt, aut Prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ[2], aut certè jure civili comprobatæ[3] sunt. Prætoriæ sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

[2] LEGIBVS CONSTITVTÆ] Inductæ lege certâ, *l. vnic. ff. de condict. ex lege, l. quoties, ff. de oblig. & action.* vt obligatio quâ tenetur maritus ex lege Iulia, de qua in *l. si vero*, §. *vlt.* junctâ *l. seq. ff. soluto matrim.* obligatio ex lege Cincia de donis & muneribus, si quid vltra modum lege præscriptum donatum sit, *l. vt mihi, ff. de donation.* & aliæ similes, quæ tam ex veteri leg. XII. tab. quàm ex novis legibus descendunt.

[3] AVT IVRE CIVILI COMPROBATÆ.] Quæ ex juris gentium contractibus nascuntur, in quibus non merum jus gentium sequimur, sed præceptis civilibus temperatum, vt loquitur *l. bona fides, ff. depositi.* His enim jus civile certum, & proprium nomen dedit, & ex his civi[illegible]actiones nasci voluit, *vulg. l. 7. ff. de pactis, l. 3. ff. de præscriptis verb.* Quòd si proprio nomine careant, subsit tamen causa, puta datio, vel factum; & negotium contractui, qui proprium nomen habet comparari possit: post varias disputationes obtinuit nasci obligationem civilem, & dandam esse actionem civilem præscriptis verbis; quæ dicitur passim vtilis, quia, vt docet Paulus *l. naturalis, ff. de præscriptis verbis*, datur adinstar actionis directæ, quæ competit ex contractu certo, nominato, &, vt ita loquar, directo. Verbi gratiâ, actio quæ datur ex contractu innominato do vt des, datur adinstar actionis directæ, quæ competit ex empto, vendito. Et sic de ceteris conventionibus, de quibus in *d. l. naturalis*, quæ ad locationem, vel ad mandatum accedunt. Hæc comparatio si deficiat, quia non potest dari vtilis sine exemplo directæ, quâ cogatur is qui accepit perficere contractum; data fuit repetitio ejus quod datum fuerat, per condictionem causâ data causâ non sequutâ, vt in vexata specie *l. vlt. ff. de condict. causa data*, vbi nominatim Celsus ait, nullam aliam esse obligationem quàm ob rem dati.

Ergo malè D. Cujac. in *Paratit. Cod. de rerum permutatione*, existimavit hoc casu concurrere actionem præscriptis verbis, cum condictione causâ data: hoc enim negotium, vt eleganter Celsus ait, nec pro portione emptionis venditionis est; id est neque est emptio, neque permutatio, quæ veluti emptionis portio est, & passim dicitur ad emptionis instar. Eâdémque formâ Plautus *in Rudente, Tum pol tu portione nec vir, nec mulier mihi es.* Festus in verbo *religiosus, Sacrum, sanctum, & religiosum, portione quâdam eadem videri posse.* Non est emptio, quia nominatim tenetur Stichum facere accipientis: non est permutatio, quia pecunia data proponitur, id est quantitas; est ergo tantùm, vt rectissimè Celsus infert, negotium, ex quo hæc vnica obligatio nascitur, quæ datur causâ data causâ non sequutâ, vt in *d. l. naturalis*, §. *quod si faciam*; quia in hoc negotio facio vt des, hæc quoque cessat comparatio, recurrimus ad extremum subsidium actionis de dolo. Et quæri quidem bellè potest, vtrum & hoc casu dari possit condictio causâ data? sed hæc sunt altioris indaginis, & vltra notarum modum.

*[3] AVT IVRE CIVILI COMPROBATÆ] Ex conventionibus scilicet juris gentium, quæ in nomen proprium contractus transeunt; in quibus non sequimur merum jus gentium, sed præceptis civilibus, & Prætoriis temperatum, vt dicitur in *l. 31. bona fides, ff. depositi.* Illæ enim formam, nomen, & certos terminos à jure civili acceperunt, & comprobatione sunt civiles factæ, *l. 7. jurisgentium, ff. de pactis, & l. 3. ff. de prescript. verb.*

§. II. Sequens divisio in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Priùs est vt de iis quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu, de quibus singulis dispiciamus.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

CAPVT XIV.

RE contrahitur obligatio, veluti mutui datione[1]. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero[2], mensuráve constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, vt accipientium fiant. Et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur[3]. vnde etiam mutuum appellatum sit: quia ita à me tibi datur, vt ex meo tuum fiat. & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio. *Ex Caio l. 1. de oblig. & act.*

*[1] VELVTI MVTVI DATIONE] Mutuum rectè definitur à D. Cujacio, creditum quantitatis datæ eâ lege, vt eadem ipsa quantitas reddatur, in genere, non in specie eadem: quam definitionem explicat *lib. 11. Obs. cap. 37.* In rebus autem quæ quantitate valent, & non corpore, mutuum dicitur consistere: quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest, *l. 2. §. mutui, ff. de rebus credit.* quod tamen admittendum esset, si in rebus quæ corpore spectantur mutuum consisteret. Ita enim vnicuique corpori natura, substantia, qualitásque propria est; vt qui vice vnius daret aliud, verbi gratiâ fundum pro fundo, non posset videri dedisse rem ejusdem naturæ, & qualitatis, sed aliam alterius generis; quod invito creditore facere non licet, *§. 1. infrà, quibus mod. oblig. tollit.* At in rebus quæ quantitate valent non idem est; cùm enim sit nihil tam simile quantitati quàm quantitas; ponderi, quàm pondus; tam simile solido, quàm solidum: aliud pro alio solvere non videtur, qui pro decem aureis quos accepit, totidem alios aureos reddidit, si modò ejusdem generis sunt. Atque ita in rebus tantùm similibus, & non dissimilibus mutuum consistit.

[2] QVÆ PONDERE, NVMERO] Hæ res considerantur tamquam quantitates, non tamquam corpora, *l. si is cui nummos, §. 1. ff. de solution.* sunt enim res vnitæ, non singulæ res, vel corpora certa. Ideóque ex veteris Grammaticæ regulis pluralitate carere dicuntur, à Carisio vetere Grammatico *lib. 1. Institut. Grammaticarum*, vt garum, oleum, vinum, panis, frumentum, &c. quæ ad pondus, numerum, & mensuram rediguntur. Nam quod auctores dixerunt frumenta, hordea, mella, non nos moveat; abusi enim sunt licentia vetustatis, nec alios casus protulerunt. Eâdémque ratione idem auctor ostendit, malè Iulium Cæsarem in *lib. de Analogia* dixisse panum, vel panium; quia res, inquit, vnita est, & ad pondus redigitur.

[1] EIVSDEM NATVRÆ ET QVALITATIS] Paul. in *l. 2. ff. de rebus credit. ejusdem generis.* Debitor corporis non potest solvere in eodem genere: non potest fundus, vel homo solvi qui sit ejusdem generis, & substantiæ, sive naturæ. Sic enim genus in jure accipimus, *l. res 42. ff. de jure dotium, l. triticum 94. ff. de verb. oblig. l. 9. l. 14. ff. de contrah. empt. l. si sterilis, §. quamvis, ff. de actionib. empti.*

§. I. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: datúrque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest: Si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Vnde pupillus si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, magis quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: quum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quàm contrahere. *Ex d. l. 1. de oblig. & act.*

§. II. Item is, cui [4] res aliqua vtenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, vt ejus fiat: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuitu casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruinâ, naufragio [5], aut latronum hostiúmve incursu: nihilominùs obligatus permanet. At is qui vtendum accepit [6], sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est: si modò alius diligentior poterit eam rem custodire. sed propter majorem vim majorésve casus non tenetur: si modò non hujus ipsius culpâ is casus intervenerit. alioqui si id quod tibi commodatum est, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonúmve, vel naufragio amiseris: dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intellegitur, si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ res tibi vtenda data est. alioqui mercede interveniente, locatus tibi vsus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum. *Ex d. l. 1. de oblig. & act.* *Ex d. l. 1. de oblig. & act.*

* [4] ITEM IS, CVI] Quamvis promiscua sint hæc nomina, commodatum, & mutuum; cùm mutuum dicatur commodatum ad abusum, & commodatum mutuum ad vsum; & in vtroque contractu ex re nascatur obligatio: in multis tamen differre certum est, cùm mutuum sit contractus stricti juris, commodatum bonæ fidei, §. *actionum autem, infrà, de actionib.* In commodato vltrò citróque nascitur obligatio directa, & contraria, vt apparet ex ipsa rubrica *ff. commodati, vel contra*; in mutuo ex vna tantùm parte, ejus scilicet qui accepit. In mutuo transfertur dominium, in commodato non transfertur. In mutuo qui accepit tenetur etiam de

fortuito casu, *l. incendium*, *C. si certum petatur*; in commodato non tenetur, nisi aliqua culpa casum præcesserit, vt docet Iustinianus in *hoc* §.

5 VELVTI INCENDIO, RVINA, NAVFRAGIO] Est enim debitor generis, quod perire non potest, *l. 9. & 10. ff. de vsufruct. earum rerum.* Et dominus est rei peremptæ, quæ regulariter perit domino, *vulg. l. pignus, C. de pignerat. actione.* Et sanè æquissimum erat hoc ita constitui hoc casu, quo propriè dicimus in creditum ire, translato dominio in debitorem. *Seneca lib. 7. de benefic. cap. 16. Quid tu tam imprudentes judicas majores nostros fuisse, vt non intelligerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam à creditore acceperat, libidine aut aleâ absumpsit, & eum qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo casu tristiore, aliena cum suis perdidit? nullam excusationem receperunt, vt homines scirent fidem vtique præstandam. Satius enim erat à paucis etiam justam excusationem non accipi, quàm ab omnibus aliquam tentari.*

6 AT IS QVI VTENDVM ACCEPIT] In commodato, deposito, pignore, non præstatur casus fortuitus: nam in deposito dolus tantùm præstatur, non culpa, nisi culpa sit quæ dolo comparatur: in commodato & pignore, dolus & culpa, diversâ tamen ratione. Sciendum enim est culpæ esse gradus tres; Est enim culpa quædam levissima, *l. 44. ff. ad l. Aquiliam*; cui opponitur exactissima diligentia, quam nominatim à commodatario esse præstandam ait Caius in *l. 1. §. 4. ff. de oblig. & actionib.* Et ita est accipiendum quod hoc loco Iustin. ait, *exactam*, &c. vt Accursius, & Cujacius rectè notant. Eâdémque formâ lata culpa dicitur, latior, & latissima: sed hoc locum habet in commodato, quod respicit tantùm vtilitatem accipientis, *l. 5. §. 2. ff. commodati*; nam si vtriusque, habetur tantùm ratio culpæ levis, *l. in rebus*, §. 1. *ff. eod. tit.* Est ergo & culpa quædam levis, cui opponitur diligens custodia, de qua in *l. cùm res legata*, §. *culpa*, *ff. de legat.* 1. *l.* 22. §. *sed enim*, *ff. ad Trebell. l. 20. C. de negotiis gestis*, *l. 7. C. arbitrium tutelæ*: hanc *d. l. in rebus*, ait esse præstandam in rebus pignori datis, & dotalibus. Est & lata culpa dolo proxima, de qua in *l. quod Nerva, ff. depositi*, *l. 1. C. de heredibus tutorum*; magna culpa in *l. 226. ff. de verb. sign.* manifesta negligentia in *l. 2. C. arbitrium tutelæ*: hanc depositarius præstat, qui non ad suum modum curam in deposito adhibet, vt loquitur *d. l. quod Nerva*.

Et diligenter observandum est his omnibus casibus, vel propter custodiam, quam diversâ ratione depositarius, commodatarius, & creditor præstare tenentur; non impropriè dici commodatum, depositum, pignus, esse periculo commodatarii, depositarii creditoris: quod omnium optimè probat, *l. 14. §. non solum, & §. seq. ff. de furtis.* ex qua sine vlla divinatione explicanda est *l. & non tantum, ff. de petit. hereditat.* vbi viri docti ariolantur conventionem expressam de casu fortuito præstando. Propriè res dicitur esse periculo ejus qui accepit, cùm vt loquitur *d. l. 5. §. 2. ff. commodati*, præstatur omne periculum, id est & casus fortuitus, *l. si gratuitam*, §. 1. §. *Papinianus*, & §. *pen. ff. de præscript. verbis*, *l. eum qui*, §. 1. *ff. commodati*, *l. lectos*, *l. quod si neque*, *ff. de periculo & commodo rei venditæ*, *l. 1. Cod. de commodato.* Non impropriè, cùm vel ratione quâdam accipiens tenetur de re amissa; quod valde notandum est. In his autem contractibus pacto convento possunt immutari præstationes, *vulg. l. contractus*, *ff. de Reg. jur.* Et ita in deposito præstatur omne periculum in specie *l. 4. ff. de rebus creditis*: in commodato, *l. rem mihi*, §. *vlt. ff. commodati*: in pignore, *l. 9. §. vlt. ff. de supellectile legata*; cùm creditor suo periculo voluntate debitoris pignore vtitur, quo casu creditor plenissimè videtur in creditum ire. Et hæc est ni fallor vera sententia *d. §. vltimi*; argentum pignori oppositum contineri legato supellectilis argenteæ suæ, si voluntate debitoris argentum in vsu credito-

ris fit; quasi videatur hoc casu translatum dominium: quem D. Cujacius accipiendum esse censet de veteri fiduciæ contractu, quo debitor in creditorem rei pigneratæ dominium transferebat. Sed hodie hoc contractus genere sublato, hæc sententia accipienda est de expressa conventione, quâ nominatim conventum est pignus esse periculo creditoris.

§. III. Præterea & is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur & actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet. *Ex d. l. 1. de oblig. & act.*

§. IV. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda, tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus vtriusque gratiâ datur, & debitoris quo magis pecunia ei crederetur, & creditoris quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere quòd ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet[7]. quam si præstiterit & aliquo fortuitu casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. *Ex d. l. 1. de oblig. & act.*

*7 AD EAM REM CVSTODIENDAM EXACTAM DILIGENTIAM ADHIBERET] Cùm in contractibus quæritur quæ culpa, & diligentia à contrahentibus præstanda sit; videndum est cujus versetur vtilitas, an dantis, an accipientis, an vtriusque, *l. 5. §. nunc videndum, ff. commodati*, & *l. 23. contractus, ff. de Reg. jur.* Nam cùm solius dantis, vt in deposito, in quo commodum sentit solus, qui rem custodiendam tradit; venit tantùm dolus, & lata culpa, quæ dolo proxima est, *§. praeterea, hoc tit.* Cùm autem accipientis tantùm, vt in commodato; venit omnis culpa, etiam levissima; ideóque qui accepit eam debet adhibere diligentiam, qualem diligentissimus paterfam. solet adhibere, *§. 1. versic. item is cui, hoc tit.* Cùm vtriusque, vt in pignore, quod vtriusque gratiâ contrahitur, vt hîc Iustin. docet; venit levis culpa, cui respondet exacta diligentia, quam scilicet paterfam. diligens suis rebus adhibere solet. Quæ distinctio locum habet in commodato; quoniam recipit aliquando vtilitatem solam dantis, *l. 5. §. interdum, ff. commodati*; aliquando vtriusque, *l. 18. in rebus, §. 1. eod. tit.* aliquando accipientis tantùm, *d. l. 5. §. 2. ff. eodem.* In contractibus autem pacto convento immutari possunt præstationes, *d. l. 23. ff. de Reg. jur.*

De verborum obligatione.

CAPVT XV.

VERBIS obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, quum quid dari fieríve nobis stipulamur, ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit sti- *Ex Caio l. 1. §. verbis de oblig. & act.*

pulatio, quàm ex stipulatu, si incerta[r], quæ hoc nomine inde vtitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

Vt re interveniente obligationem contrahi dixit in *tit. præcedenti*; sic & verborum obligationem contrahi hoc loco ait ex vtraque parte, dantis & accipientis, vt bellissimè Caius ait *Instit. tit. de verb. oblig.* interpositis verbis, quæ ante *l. omnes, C. de contrah. & committ. stipulatione*, erant solemnia, civilia, directa, imperativa, vt in exemplis hoc loco propositis. Iis opponuntur verba precaria, aut alia quælibet quæ in ceteris contractibus, qui non ex verbis substantiam capiunt, adhiberi possunt. Verbi gratiâ, in mandaro hæc precaria verba recepta fuisse constat, *Rogo, peto, volo, mando*, si subsequatur verbum *recipio, l. 1. l. rogatus, ff. mandati, l. quidam, ff. de heredib. instit. l. 1. §. exceptionem, ff. quarum rer. actio non det. l. 24. ff. de fidejussor. l. 16. C. de negotiis gest.* Et apud eruditissimum Poëtam, *Orans*, inquit, *mandata dabat.* Sed ex *d. constitutione*, hodie promiscuè his verbis vti licet in stipulatione contrahenda, & voluntas potiùs, quàm solemnitas verborum inspicitur.

Rectè autem Caius, ex parte *dantis, & accipientis*: quæ verba denotant satis, causam esse necessariam in stipulatione, vt efficax verborum obligatio nascatur; & stipulationem pendere ex causa, vel, vt loquitur *l. 5. §. conventionales, ff. hoc tit.* pendere ex negotio contracto. Inducta enim fuit, vt Paulus ait *lib. 5. Sentent. tit. de obligat.* obligationum firmandarum causâ. Et si quis sine causa stipulanti promiserit, quamvis vocis suæ nexibus, & vinculo juris teneatur adstrictus, hæc tamen stipulatio nullam necessitatem habet; quia inutilis, & inefficax redditur oppositâ exceptione doli mali, *l. 15. ff. de fidejussor.* Imò & aliquando ipso jure tutus est reus, vt in specie *l. 3. §. pen. ff. de collat. bonor.* quia stipulatio, de qua in *d. lege*, tacitè hanc conditionem habet, si bonorum possessionem acceperit: vt stipulatio dotis, si nuptiæ sequantur. Ideóque Prætor non petitâ bonorum possessione, actionem ex stipulatu omnino denegavit; vt facere solet cùm constat eo ipso tempore, quo actio à Prætore impetratur, nullam esse obligationem. Hoc verò si non constat, actionem non denegat; sed subjicit exceptionem, quâ elidi potest actio coram judice dato: quod omnino necessarium est in judiciis stricti juris, quibus exceptiones non insunt. Quæ omnia certissima esse apparet ex *l. 7. ff. de jurejurando, l. generaliter 26.* junctâ *l. seq. ff. hoc tit. l. 1. l. mercalem, C. de condict. ob turpem causam.*

Vtilitas autem subjiciendæ stipulationis conventionibus, quæ per se non subsistunt, puta nudis pactis, plusquam manifesta est. Sed quare subjicitur contractibus jure civili comprobatis? quia existimatunt veteres arctiori vinculo eum constrictum, qui solemnibus verbis ad interrogata respondet. Et rectè apud *Comicum in Pseudolo, Roga me*, inquit, *viginti minas, vt me effecturum quod promisi scias.* Et cùm subjicitur bonæ fidei contractibus, vtilius est agere actione stricti juris; vt rectissimè D. Cujac. vindicavit.

Est ergo stipulatio cautio à prudentibus inducta firmandarum obligationum causâ, cujus summa vtilitas efficit, vt quamvis planè juris civilis sit, juris tamen gentium esse intelligatur, *l. 8. §. vlt. ff. de acceptilation.* Et ideo obtinuit tandem quâcumque linguâ fieri posse; quamvis cetera populi Rom. solemnia constet fuisse Latina. Eâdémque ratione receptum fuisse puto pacta conditiones inesse stipulationi, quamvis sit stricti juris, *l. 4. §. vlt. ff. de pactis, l. lecta, ff. de rebus creditis*; quod de ceteris stricti juris contractibus non reperitur scriptum: vt stipulatio sit veluti medium quid

quid inter contractus bonæ fidei, & contractus stricti juris. Contractibus bonæ fidei insunt pacta in continenti addita, tam ex parte actoris, quàm ex parte rei: contractibus stricti juris omnino non insunt. Stipulationi, quæ est omnium contractuum conclusio, *l. si dominus, ff. de præscriptis verbis*, insunt saltem ex parte rei.

*[1] SI INCERTA] Mirum meritò videri possit, cùm ex stipulatione, certâ scilicet, detur certi condictio; cur ex incerta non detur condictio incerti, sed ad actionem ex stipulatu recurrendum sit. Hujus differentiæ ratio petitur ex eo quod obtinuit, condictionem omnem intendere dare oportere, *§. sic itaque discretis, infrà, de actionib.* At certa stipulatio non est, nisi cùm quid certi dari promissum est: incerta verò non modò cùm incertum dari, sed etiam cùm fieri aliquid promissum est; verbi gratiâ, cùm insulam ædificare, aut domum reficere quis stipulanti promisit, *§. vlt. hoc tit.* quo casu condictio dari nequit; quia qui ex illa agit, non dare, sed facere intendit. Condictionis autem formula est dare, non facere oportere; cessante igitur condictione, ex stipulatu actio datur, quæ concipitur secundùm verba ipsa stipulationis, & ad præscriptum ipsius. Quod non est ita intelligendum, quasi numquam dari condictio possit, cùm incerta stipulatio est; nam si incertum promissum sit dari, condictionem incerti competere dubium non est.

§. I. In hac re olim talia verba tradita fuerunt. Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. Vtrum autem Latina an Græca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si vterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua vtrumque vti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in vsu fuerunt: Postea autem Leoniana constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublatâ, sensum & consonantem intellectum ab vtraque parte solùm desiderat, licèt quibuscumque verbis expressum est. *L. omnes, Cod. de contrah stipul.*

§. II. Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, Quinque aureos dare spondes. Idque confestim peti potest. In diem: quum adjecto die quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, Decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes? Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur[2]: sed peti priùs quàm dies venerit, non potest. at ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die in quem promissum est, datum non esse priùs quàm is prætererit.

[2] STATIM QVIDEM DEBETVR] Imò dies adjectus efficit, ne ex præsenti die debeatur, *l. eum qui Kalendis 41. §. vlt. ff. hoc tit.* nec enim debetur cum effectu: cessit quidem dies, sed nondum venit, *vulg. l. cedere 213. ff. de verb. sign.* Denique deberi dicitur aliquid, vel propriè & simpliciter; vel non impropriè; vel impropriè.

Propriè ex obligatione pura; non impropriè ex obligatione in diem; impropriè ex conditionali: deberi enim ex hac quoque obligatione dicitur; quia ex præsenti vires accipit stipulatio, *l. vsusfructus 26. ff. de stipulat. servorum*, qua de re vide Cujac. *lib. 25. Obs. cap. 19.*

§. III. At si ita stipuleris[3]: Decem aureos annuos, quoad vivam dare spondes[4]? & purè facta obligatio intellegitur, & perpetuatur: quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.

*[3] AT SI ITA STIPVLERIS] Hanc stipulationem, cùm neque diem, neque conditionem habeat; puram esse, & illius diem statim cedere, & venire certum est. Sed an esset perpetua, meritò poterat dubitari? cùm ex voluntate contrahentium certo temporis decursu circumscripta sit, nimirum vitâ stipulatoris. Cui dubitationi occurrit Iustinianus, dum asserit hoc contingere; quia ad tempus deberi non potest; id est tempus non est legitimus modus tollendæ obligationis: certi enim sunt modi, vt apparet ex *titulo quibus modis tollitur obligatio*, inter quos tempus non numeratur, *l. 44. §. 1. ff. de oblig. & action.* Et ideo etiam post mortem obligatio durat, & ex ea dari actio heredibus stipulatoris potest, sed sine effectu; quia infringi & elidi potest per doli mali, aut pacti exceptionem, propter hæc verba, *quoad vivam.* Tollendæ autem obligationis modi licèt jure civili certi sint; jure tamen Prætorio sunt incerti, & infiniti, in quibus factum exigitur; in civilibus non item, *l. si vnus, §. pactus, ff. de pactis.*

[4] QVOAD VIVAM DARE SPONDES] Aliud est cùm obligatio confertur in tempus vitæ promissoris, vt D. Cujac. docuit *lib. 25. Obs. cap. 1.*

§. IV. Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio: vt si aliquid factum fuerit, aut non fuerit stipulatio committatur: veluti, Si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur[5]: Si in capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit ac si stipulatus esset, quum morietur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantùm spes est debitum iri: eámque ipsam spem in heredem transmittimus, si priùs quàm conditio existat mors nobis contigerit.

*[5] SI QVIS ITA STIPVLETVR] Dicendum videbatur, id quod deductum est in stipulationem esse præstandum stipulatori; dummodo caveret se restiturum si capitolium ascenderet, sicut in legato his verbis relicto observatur, *l. 7. ff. de condit. & demonstrat.* cùm à contractibus ad vltimas voluntates, & vice versâ argumentum rite procedat. Sed hac in re stipulatio differt à legato; quia Muciana cautio in stipulationibus locum non habet; cùm sibi debeat imputare stipulator, cur talem legem stipulationi dixerit, *l. 26. cùm quæritur, ff. de rebus dubiis.* Quod in legatario dici nequit, quia totum pendet ex defuncti voluntate; ideóque Q. Mucius legatario præstitâ cautione prospiciendum existimavit, vt docet Cujac. *lib. 14. Obs. cap. 32.*

§. V. Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagine dare spondes? Quæ stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus injectum, quo promissor vtatur ad pecuniam Carthagine dan-

dam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur: Hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio, quum impossibilis sit repromissio.

§. VI. Conditiones quæ ad præteritum [6] vel præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius Consul fuit: vel, Si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio. sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint.

*[6] CONDITIONES QVÆ AD PRÆTERITVM] Conditiones, vel in præsens tempus, vel in præteritum, vel in futurum conferuntur. Sed illæ propriè, & vi & potestate conditiones sunt, quæ in futurum conferuntur, *l.39. itaque, ff. de rebus credit.* & casum futurum ostendunt, qui potest ex fortunæ insidiis deficere. Nam qui sub conditione quæ omnino exitura est stipulatur, purè videtur stipulari, *l. 9. si pupillus, §. 1. ff. de novat.* quia obligatio non tam conditione, quàm morâ suspenditur, cùm conditio non potest non existere, *l. 79. heres, ff. de condit. & demonstrat.* Et ideo sermo ille conditionalis eventus, vim & potestatem conditionis non habet, sed tantùm figuram, cùm actum non suspendat. Quod & similiter obtinet, cùm in tempus præsens, aut præteritum confertur conditio: tunc enim impropriè, & figurâ tantùm verborum conditio est; quia non suspendit obligationem, *l. 69. Cornelius, ff. de hered. instit.* Quocirca conditio propriè sumpta ita rectè definiri potest. Adjectio in incertum, & dubium eventum actui inserta, illúmque suspendens.

§. VII. Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: vt si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. & in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, vt fiat aliquid, stipuletur: ita adjici pœna debet. Si ita factum non erit, tu pœnæ nomine decem aureos dare spondes? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, vnâ eadémque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda: Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit: tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Ex Venul. l. ult. de stipul. Prætor.*

De duobus reis stipulandi & promittendi.

CAPUT XVI.

ET stipulandi & promittendi duo plurésve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo: vt puta quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat, Vtrique vestrûm dare spondeo. Nam si priùs Titio spoponderit,

deinde alio interrogante spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt, Maevi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes? si respondent singuli separatim, Spondeo. *Ex Pompon. l. 4. de duobus reis constit.*

DOCET hic titulus stipulatione constitui duos, pluresve reos credendi, & duos pluresve reos debendi; quibus in solidum debetur, quive debent in solidum ex pari & eadem obligatione: quamvis constet & ceteris contractibus duos reos fieri posse, sive re, sive consensu perficiantur contractus. Imò & testamento *l. eamdem, ff. hoc tit. l.* 8. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l.* 16. *ff. de leg.* 2. Sed quaeritur, quâ ratione constituti intelligantur? quamvis enim in solidum duo vel plures teneantur, non continuò dicendum est propriè, & simpliciter duos esse reos debendi, *l. si ut certo*, §. *ult. ff. commodati*, *l.* 1. §. *si apud duos, ff. depositi*, quod latiùs D. Cujac. ex sententia Fulgosii, docuit *lib.* 26. *Obs. cap.* 26. Et si hoc nominatim adjectum est in ipsa obligatione, vt in *l. reos*, §. *ult. ff. hoc tit.* nulla potest esse dubitatio. Ideóque Iustin. *Nov.* 99. hanc adjectionem nominatim desiderasse videtur, quam & antea semper necessariam fuisse hoc loco glossa notat, ex *d. l. reos*, §. *pen.* quod mutat in *d.* §. *ult.* nec hoc, vel illud liquidò affirmare audet. Eamdem inconstantiam observare licet apud ceteros interpretes. Cujacius in *prioribus notis* scripserat hanc Novellam pertinere tantùm ad duos promittendi reos, qui vice mutuâ non inutiliter fidejubere dicuntur in principio *d. legis reos*; quasi haec vera, & propria sit τῆς ἀλληλεγγύων significatio. Sed hanc sententiam ad *d. Novellam* retractat, verius esse existimans Iustinianum emendare jus vetus, quo vel tacito intellectu id olim agi potuit, sine hac expressa adjectione, vt duo rei constituantur, vel vt singuli in solidum teneantur: quam sententiam constanter deinde sequutus est, vt constat ex *Paratit. C. hoc tit.* & ex *d. cap.* 26. *lib.* 26. *Obs.*

Sed nobis quaerendum reliquit, quando id tacito intellectu actum sit, quamvis non sit nominatim expressum; & quare ante *d. Novell.* Papinianus desiderat hanc adjectionem in *d. l. reos*, §. *ult.* Hoc vt intelligamus, sciendum est parvi referre cùm quaeritur de solemnibus, quae ad hanc stipulationem perficiendam desiderantur, simul duo rei spondeant, an separatim, *l.* 3. *ff. hoc tit.* Simul, si interrogati, *Spondetis?* respondeant, *spondeo*, vel *spondemus:* separatim, vt in formula hoc loco proposita. Parui, inquam, referre, an hac, vel illâ ratione interposita fuerit stipulatio, cùm constat & apparet hoc inter eos actum fuisse. Sed in praescribenda stipulatione, in conficiendis tabulis stipulationis testationis ergô, vt in *l.* 4. *ff. de fide instrument.* nisi, vt Papinianus suadet in *d. l. reos*, §. *ult.* nominatim adjectum sit singulos in solidum spopondisse, plerumque ex verbis ambiguis dubitari solet an hoc actum sit: vt si tabulis comprehensum sit Titium, & Sempronium spopondisse; ex hac scripturâ constare non potest duos reos fuisse constitutos, & probandum est hanc fuisse mentem contrahentium, hoc tacitè his verbis actum fuisse; & quamvis hoc apertè per se verba non ferant, sequutum tamen fuisse stipulantem vtriusque fidem in solidum, non in partes viriles tantùm. Quod in ceteris contractibus locum habet, cùm instrumento, vel tabulis nominatim hoc adjectum non est, vt colligere licet ex *l. cum apparebit, ff. locati, Cùm apparebit*, inquit, *intuitam fuisse vtriusque personam*, id est cùm hoc constabit liquidis probationibus, quod ex scriptura colligi non potest necessariò. Sed si Titius, aut Sempronius disjunctis verbis dicantur

spopondisse, & nihil praeterea adjectum sit; minùs potest dubitari duos reos debendi fuisse constitutos, & vt *d. Nov.* loquitur ἀλληλεγγύως fuisse obligatos, id est, vt rectissimè vetus interpres, alternâ promissione fuisse obligatos. Et idem quoque obtinet in testamentis, si disjunctivis verbis vtatur testator, *d. l.* 8. §. 1. *ff. de leg.* 1. & *d.l.*16. *ff. de leg.*2. nam si conjunctivis, vt in *l. eamdem, ff. hoc tit.* omnino necessarium est aliunde constare, testatorem vtriusque fidem in solidum his verbis tacitè sequutum fuisse. Et ita Accurs. intelligit rectè *d. legem*, quam D. Cujac. emendandam esse censet, ne pugnet cum *l.* 17. *ff. hoc tit.* & *cum d. l.* 8.

Ex his apparet Iustinianum rectissimè constituisse, omnis dubitationis & ambiguitatis tollendae causâ, non esse duos reos debendi, nisi hoc nominatim adjectum sit; ne nobis liceat tacito intellectu obligationem duorum reorum comminisci, & probare hanc fuisse mentem contrahentium: difficilis enim, & periculosa est quaestio facti, vtpote posita in arbitrio judicantis. Ideóque quod olim Papinianus suadebat, generaliter, & necessariò observandum esse constituit; vt nullâ ratione hodie tentari possit duos reos esse constitutos, nisi hoc nominatim adjectum sit, *Sans la clause solidaire, chacun pour soy, & chacun pour le tout*, vt in idiotismo dici solet.

§. I. Ex hujusmodi obligationibus[1], & stipulantibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In vtraque enim obligatione vna res vertitur, & vel alter debitum accipiendo[2], vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

*[1] EX HVIVSMODI OBLIGATIONIBVS] Non tantùm verbis stipulationis, sed & ceteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, & commodato, imò & testamento, duo rei promittendi fieri possunt, *l.* 9. *eamdem, ff. hoc tit.* cùm duo in solidum ex eadem, & ex pari obligatione tenentur, & ab initio contractus id actum expressim, vel tacito intellectu, vt singuli in solidum obligentur, vt docet Cujac. in *Paratit. Cod. de duobus reis*, & *lib.* 16. *Obs. cap.* 16. Cùm, inquam, id actum est; non enim omnes qui ab initio in solidum obligantur, sunt duo rei promittendi. Vt evidentissimè apparet in debitore principali, & ejus fidejussore, qui quamvis in solidum teneantur, duo tamen rei promittendi non sunt; cùm ea non fuerit mens contrahentium, de qua debet constare liquidis probationibus, vt colligere licet ex *l.* 47. *cùm apparebit, ff. locati conducti.* in qua potest qui pluribus vendidit, aut locavit, adversus quem voluerit experiri, quamvis omnes solvendo sint; cùm apparet illum in solidum singulorum intuitum esse personam, id est cùm illud manifestè probat venditor, aut locator. Quam tamen sententiam videtur infirmare Papinianus, qui in *l.* 11. *reos*, §. *vlt. ff. hoc tit.* desiderat vt nominatim exprimatur singulos in solidum spopondisse, vt rei promittendi fiant. Sed respondeo Papinianum hoc suadere dubitationis tollendae causâ; quia non facilè probari poterat quando habuissent hoc in animo contrahentes, vt duo rei constituerentur. Cujus ambiguitatis tollendae gratiâ, & ne liceret tacito intellectu duorum reorum obligationem comminisci, Iustinianus constituit *Nov.* 99. non esse duos reos debendi; nisi hoc nominatim adjectum sit, sive clausula quae vulgò solidaris dicitur, *chacun pour soy, & vn seul pour le tout*, vt in idiotismo dici solet. Tacito autem intellectu olim duo rei constitui censebantur, cùm erat scriptum disjunctim duos promisisse. Quod & in testamento obtinebat, *l.* 8. §. 1. & *l.* 16. *si Titio, ff. de leg.* 2. nam cùm conjunctim promisisse scriptum erat, res indigebat probatione, *d. l.* 47. *cum apparebit, ff. loc. conducti.*

[1] DEBITVM ACCIPIENDO] Olim ex sola vnius correi credendi petitione tota solvebatur obligatio, *l. 2. l. 16. ff. hoc tit.* Et vice versâ electione vnius rei debendi, quod ex hoc loco colligere licet, & ex *l. generaliter, ff. de fidejussor.* Iustinianus emendavit, vel certum fecisse videtur jus, quod inter veteres controversum fuisse colligere licet, ex *l. cùm apparebit, ff. locati.* Sed anxiè quæritur, an correo solventi solidum, cùm socius non sit, nec mutua fidejussio intervenerit, nec ei sit mandata actio à creditore in ipsa solutione, vt in *l. Modestinus, ff. de solution.* vlla actio competere possit adversus correum, vt partem dimidiam consequi possit. Et nullam competere D. Cujacius existimavit, quod verissimum esse non dubito ex mero jure civili. Sed quemadmodum constitutiones ei, qui pro alio solvit non mandatâ actione, dederunt vtilem adversus eum, quem solutione liberavit, *l. si cum emptore, ff. de pactis, l. 1. §. etsi forte, ff. de tut. & rationib. distrahendis, l. 2. C. de oblig. & action. l. vlt. C. quando fiscus vel privatus, l. emptor, C. de heredit. vel actione vendit.* Ita & hoc casu, datâ ex constitutionibus actione vtili subveniendum esse correo, non insubtiliter tentari potest ex *l. 2. C. hoc tit.* His enim verbis *Rector provinciæ juvare te non cunctabitur*, quis non videt designari subsidium, & auxilium vtilis actionis; cùm eâdem planè formâ loquendi locis innumeris scriptum legamus, subveniendum, vel succurrendum auxilio Prætoris, senatusconsulti, vel constitutionum, adversus rigorem meri juris civilis.

§. II. Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quò minus ab eo qui purè obligatus est, petatur. *Ex Florent. l. 7. de duob. reis constit.*

De stipulatione servorum.

CAPVT XVII.

SERVVS ex persona [1] domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. ideóque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur: adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur. *Ex Hermog. l. 61. de acquir. rer. dom.*

[1] CVM servus jus stipulatur, quocumque modo stipulationem concipiat, sive sibi, sive domino, sive impersonaliter stipuletur, domino acquirit; cùm nullam habeat sive juris civilis, sive Prætorii communionem, *l. 20. qui testamento, §. servus, ff. qui testam. fac. poss.* At cùm factum, persona domini non comprehenditur stipulatione: facta enim cùm in actu naturali hominum singulorum consistant, & naturâ alius sit dominus, alius sit servus, quod vnus facit, alter non facit; facta enim personæ cohærent, *l. 44. qui heredi, ff. de condit. & demonstrationib. l. 55. cùm quis, ff. de verb. oblig. l. 6. si statulibera, §. vlt. ff. de statulib.* & juris naturalis sunt; cujus servi sunt capaces; cùm eo jure omnes homines æquales sint, *l. 32. quod attinet, ff. de Reg. jur.* Et ideo si servus stipuletur servitutem, domino acquirit; quia servitutes in jure consistunt. Si ire agere, quod facti est, *l. 2. §. item si in facti, ff. de verb. oblig.* persona domini non continetur stipulatione, & dominus potest prohiberi, non servus.

[1] Ex persona] Idem in legatis accipiendis dicimus *l. etsi maximè, ff. de servitute legata.* Sed quæ servis relinquuntur ita demum valent, si relicta liberis valerent: & ita, inquit in *d. l.* Papinianus, via ad fundum domini frustra legatur servo; inutiliter enim legatur servitus ad fundum alienum. Aliud est in stipulatione, rectè enim stipulatur servitutem ad fundum domini, *l.* 17. *hoc tit.* Et hoc est quod eruditissimè D. Cujacius notat hoc loco in *posteriorib. notis*, jus capiendi ex alienis testamentis servos habere ex persona dominorum; jus illud, vel illud capiendi ex sua persona. At in stipulationibus non solùm jus stipulandi generaliter, sed & jus stipulandi hoc, vel illud ex persona dominorum habere.

§. I. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur: domino adquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt ex quibus causis adquirere possunt.

§. II. Sed quum factum [2] in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur: veluti si servus stipuletur, vt sibi ire agere liceat: ipse enim tantùm prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

[2] Sed cum factum] Quia quæ facti sunt ad dominum non transeunt *vulg. l. qui heredi, ff. de condition. & demonstrationib. l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt, ff. de verb. oblig.* Ideóque si servus stipuletur, vt sibi ire agere liceat, hæc stipulatio ad dominum non transit; quia nudum factum stipulatur. Qui iter, actum, viam stipulatur, jus stipulatur, & acquirit domino obligationem: at qui ire agere stipulatur, & actum stipulari videtur; quia actus est jus eundi, & agendi: cur ergo actum non videtur acquirere domino? Respondeo, diversas esse stipulationes. Vis videre quàm hoc verum sit; postremam stipulationem, quæ verbis, non nominibus, vt Accursius loquitur, concepta est, necessariò Labeo interponendam esse existimabat, acquisito antea ex legitima obligatione jure servitutis; quia, inquit, ejusmodi juris, id est rei incorporalis, vacua nulla traditio est. Est ergo res facti, non juris; quia est veluti quædam traditio, & in facto nominatim hæc stipulatio consistere dicitur, *l.* 2. *§. item si in facto, ff. de verb. obligat.* Ergo aliud est iter vel actum stipulari, aliud ire agere: & qui ita simpliciter stipulatur nullâ antea acquisitâ servitute, planè nudum factum, quod personæ stipulantis cohæret, stipulatur. Idémque obtinet si antea sit stipulatus servitutem: prior enim stipulatio jus continet, posterior verò factum.

§. III. Servus communis stipulando, vnicuique dominorum pro portione dominii adquirit, nisi jussu vnius eorum, aut nominatim cui eorum stipulatus est. tunc enim ei soli adquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest: solidum alteri adquiritur. veluti si res, quam dari stipulatus est, vnius domini sit.



De divisione stipulationum.

CAPVT XVIII.

STIPVLATIONVM aliæ sunt judiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam Prætoriæ, quàm judiciales. *Ex Pompon. l. 5. de verb. oblig.*

* STIPVLATIONES dividit Iustin. in judiciales & Prætorias, conventionales, & communes, quæ Prætoriæ, & judiciales sunt, vt docet Pomponius in *l. 5. stipulationum, ff de verbor. obligat.* Iudiciales dicuntur, quæ sine jussu, sine conventione partium, ex judicis à Prætore dati mero, id est solo officio, proficiscuntur: quod plerumque desiderat, vt non solùm ex formulâ præscriptâ condemnet reum, & jubeat rem restitui; sed etiam jubeat caveri stipulatione interpositâ, dolum malum abesse, abfuturúmque esse, *l. 10. preterea, l. 45. si homo, ff. de rei vindic. l. 9. metum, §. Iulianus,* & *§. ex hoc, ff. quod metus causa.* Aliquando judex non jubet statim rem restitui, sed tempus ad restituendum indulget præstitâ cautione, *§. 2. de offic. judic. infrà.* Imò non jubet rem restituere, sed cautionem præstare de persequendo servo qui in fuga est, & pretio præstando, *l. 69. servo legato, §. vlt. de leg. 1.* Prætoriæ autem dicuntur, quæ à jurisdictione Prætoris pendent, & ex ejus officio solo proficiscuntur; quia sunt in edicto nominatim propositæ his verbis, *Causa cognita repromitti, aut satisdari jubebo,* verbi gratiâ, damni infecti. Et hæ sunt in triplici differentia, nam vel sunt judiciales, vel cautionales, vel communes, vt dicitur in *l. 1. ff. de Pretoriis stipulat.* Conventionales sunt, quæ ex conventione, & voluntate reorum, id est partium proficiscuntur, sine Prætoris, & judicis interventu; in omnibus conventionibus, & negotiis, firmandarum omnium obligationum causâ; & ideo dicuntur, *vinculorum vincula.* Communes denique, quæ modò Prætoris, modò judicis auctoritate, prout res exigit, interponuntur; veluti, rem pupilli salvam fore; modò enim jubente Prætore, modò imminente judice, hanc cautionem tutor præstare cogitur, vt rectè explicat Theophilus, quem vide.

§. I. Iudiciales sunt[1] dumtaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendóve pretio. *Ex d. l. 5. de verb. oblig.*

[1] IVDICIALES SVNT] Iudiciales hoc loco vocat stipulationes, quæ in judicio, apud judicem à Prætore datum interponuntur, ex mero judicis officio: quod metiri debemus ex vi, & potestate, & naturâ actionis cui addictus est; vt colligere licet ex *tit. de officio judicis, infrà.* Actionum enim constat varias esse formas, quibus plus vel minus judici dato permittitur: quam in rem elegantissima est *l. 14. §. idem Labeo, ff. de religios. & sumptib. funer.* Iudicis officio plerumque hæc continentur, vt non solùm ex formulâ præscriptâ condemnet reum, & jubeat rem restitui; sed etiam jubeat caveri stipulatione interpositâ, dolum malum abesse, abfururúmque esse, *l. preterea, l. si homo, ff. de rei vindicat. l. metum 9. §. Iulianus,* & *§. ex hoc, ff. quod metus causa, l. redhibere 21. §. 1. ff. de Ædilit. edicto.* Aliquando judex non statim restituere jubet, sed ad restituendum interpositâ per stipulationem cautione tempus

tempus indulget, §. 2. *infrà, de officio judic. l. 11. l. 27. §. si per filium, ff. de rei vindic.* imò & aliquando restituere non jubet, sed cavere tantùm de persequendo servo qui est in fuga, pretióve præstando; vt in exemplo à Theophilo hoc loco proposito, & in *l. servo legato, §. vlt. ff. de leg. 1. l. item si cum exceptione, §. quatenus, ff. quod metus causa, d. l. redhibere, §. vlt.* Has autem stipulationes propriè judiciales vocat; quia à judice tantùm in ipso judicio interponuntur, nec sunt nominatim à Prætore in edicto propositæ, nec ab ipso Prætore interponuntur. Alio sensu in *l. 1. ff. de Prætoriis stipulationibus*, Prætoriæ quædam stipulationes judiciales dicuntur; quia à Prætore ipso interponuntur judicii futuri constituendi causâ; vel vt, ait *d. l. 1.* propter judicium, vt plenum sortiatur effectum actio, vel judicium cui judex addicitur à Prætore; huic enim fini jubet caveri judicatum solvi. In hoc ergo titulo judiciales opponuntur Prætoriis; quia sic dicuntur ratione personæ, id est judicis ex cujus officio interponuntur: in *d. l. 1.* judiciales dicuntur ratione ipsius rei, id est judicii futuri.

§. II. Prætoriæ sunt[2] quæ à mero Prætoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem[3] stipulationes sic exaudiri oportet, vt in his contineantur etiam Æditilitiæ. nam & hæ à jurisdictione veniunt. *Ex d. l. 5. de verb. oblig.*

[2] PRÆTORIÆ SUNT] Ex superiori nota apparet Prætorias stipulationes esse, quæ à jurisdictione Prætoris proficiscuntur; quia sunt in edicto nominatim propositæ, & quia ab ipso Prætore interponuntur. Has autem in tres species subdividit Vlp. in *d. l. 1. ff. de Prætoriis stipulat.* In judiciales, cautionales, & communes: & cautionalium duo exempla proponuntur *hoc loco*; damni infecti, & legatorum, quæ instar actionum haberi dicuntur, *d. l. 1. §. cautionales, l. si ambo, §. in stipulationibus, ff. de compensat.* vel, vt loquitur *l. non solùm, ff. rem ratam haberi*, vicem actionum repræsentare; quia tamquam actiones à Prætore ipso petuntur, & impetrantur per se, id est etiam nullâ aliâ petitâ actione: & quia ea fere omnia, quæ in actionibus impetrandis observantur, in his stipulationibus locum habent. Vt enim Prætor in edictis actiones proponit passim, & pollicetur tam suas, quàm alienas: sic & stipulationes istas. Et vt solet Prætor plerumque quærere summatim num actio danda, vel deneganda sit, *l. 7. ff. de jurejur. l. veluti 27. ff. de verbor. oblig.* idem observari in stipulatione danda, vel denneganda colligere licet, ex *d. l. 1. §. pen. ff. de Prætor. stipulat.* ex qua nihil mutandum appatet in *l. Paulus notat eod. tit.* cujus elegans species est de stipulatione, quæ substitutionis causâ interponitur. *Et potest*, inquit, *videri satis calumniosè petere, quem alius antecedit*, qua de re summatim Prætor cognoscere debet; neque enim temerè sine causa concedenda est, vt si hereditas minor sit centum sestertiis, vt Paulus docet *lib. 5. Sent. tit. de stipulat.* hoc enim casu vix datur heredi grassandi facultas. Et quamvis hodie jure quo vtimur hæ stipulationes minùs frequentantur, & in vsu non sunt; ex facto tamen consultus de hereditate, quæ tota in nominibus consistit, & magnâ pecuniâ, quam facilè heres intervertere potest; argumento *d. l. Paulus*, & sententiæ Pauli respondi, æquissimum esse hoc casu hanc stipulationem, & satisdationem interponere.

[3] PRÆTORIAS AUTEM] Quod ait hoc loco, *Prætorias stipulationes, sic exaudiri oportet, vt in his contineantur etiam Ædilitiæ*, quæ de morbis, vitiis, & evictione rerum venalium, ex edicto Ædilium interponuntur; meritò negotium facessit. Nec enim simpliciter ait similes esse, vt D. Cujac. interpretatur ad *l. 5. ff. de verb. oblig.*

sed in his contineri, & exaudiri appellatione Prætoriarum. Et hoc sensu, opinor, Vlpianus ex professo tractans de Prætoriis stipulationibus in *l. 1. ff. de stipulat. Prætoriis*, & in *l. non solùm, ff. rem ratam haberi*, stipulationem duplæ, quam constat esse ex edicto Ædilium, *d. l. 5. §. communes*, inter ceteras Prætorias recenset. Hanc enim ipso jubente, & imminente Prætore aliquando interponendam esse constat, ex *l. minor 39. ff. de evictionib.* vbi rectè Fulgosius, & Cujac. monent, de stipulatione duplæ hæc verba esse accipienda, *Seius postulabat apud Prætorem vtilem sibi stipulationem de evictione dari.* Qui locus valde illustrat *d. l. non solùm*; vbi Vlp. ait stipulationem duplæ aliquando esse postulandam tamquam actionem; quod in stipulatione damni infecti locum habere quoque ait, vt in ceteris cautionibus. Et tandem generaliter obtinuisse reperio, vi & potestate civilis actionis ex empto, quam Prætor dare solet, emptorem hoc posse consequi, vt stipulatione duplæ, de evictione venditor promittere teneatur, *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua, ff. de Ædilit. edicto, l. 2. l. emptori 37. ff. de evictionib.* Et verum tamen semper est initio inspecto eam ex edicto, & jurisdictione Ædilium proficisci, non ex jurisdictione Prætoris, vt malè ex veteri glossemate hoc loco scriptum est. Nec enim fuit edicto Prætoris vnquam proposita, nec à mera jurisdictione Prætoris proficiscitur; quamvis à Prætore postulata dicatur in *d. l. minor.* Cùm enim, vt rectè Iustin. ait in *constitut. de conceptione & confirmatione ff.* hæ stipulationes Ædilitiæ ministræ, & pedissequæ sint venditionum: si fortè de hoc contractu Prætor cognoscat, vt in *d. lege minor*, necessum est eum per consequentias de his omnibus, quæ ex natura contractus præstantur, auctoritatem suam interponere. Cautionem autem duplæ esse ex natura emptionis convincit *l. pacta conventa, ff. de contrah. empt.* adhibito §. *idem responsum, l. 7. ff. de pactis.*

Et hoc est, opinor, quod ait *d. l. emptori, Emptori duplam promittere oportet, nisi aliud convenerit*, id est nisi convenerit ne cautio duplæ præstetur, vt in *d. l. pacta:* Quod si est ex natura contractus; ergo tacitè inest, & venit, quamvis nihil dictum sit. Ideòque concoquere non possum, quod D. Cujac. scripsit in *Paratit. C. de evict.* omnes locos quibus dicitur duplam esse præstandam sic esse accipiendos, si cùm dictum esset vt dupla promitteretur, fortè promissa non sit; quod vobis sollicitiùs excutiendum relinquo. Sed vtvt sit, inde forsitan obtinuisse videtur hanc stipulationem ceteris Prætoriis esse adnumerandam, & generaliter stipulationes Ædilitias Prætoriarum nomine contineri: vel quia ad Prætorem tandem omne juris civilis pervenerit arbitrium; vt non malè id, quod origine inspectâ ex aliorum magistratuum jurisdictione descendit, Prætorium quodammodo esse videatur, Prætore omnes partes juris civilis veluti occupante, ex cujus honore, honorarium jus dictum fuisse nominatim Pomponius ait in *l. 2. §. eod. tempore, ff. de orig. jur.* Iuris autem honorarii Ædilitium edictum portio esse dicitur in §. *Prætorum, suprà, de jure natur. gent. & civili.* Et in antiqua illa edicti perpetui ordinatione, cujus auctore Adriano Iulianus conditor fuit, edictum Ædilitium ceteris Prætoriis edictis additum fuisse constat, edictique perpetui partem quamdam fuisse; vt & in hac re valeat, quod vulgò dici solet, à majori parte vnamquamque rem appellari, spectarique, vt M. Tullius ait *lib. 5. Tusculan. quæst.*

§. III. Conventionales sunt quæ ex conventione vtriusque partis concipiuntur: hoc est neque jussu judicis, neque jussu Prætoris, sed ex conventione contrahentium, quarum *Ex d. l. 5. de verb. oblig.*

totidem genera sunt, quot penè dixerim rerum contrahendarum.

§. IV. Communes stipulationes sunt[4], veluti rem salvam fore pupilli: nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri: & interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest, vel de rato stipulatio. *Ex d. l. 5. de verb. oblig.*

[4] COMMVNES STIPVLATIONES SVNT] Communes vocat stipulationes, quæ tam ab ipso Prætore, quàm à judice dato rei expediendæ causâ interponuntur, vt in exemplis à Theophilo propositis. Alio sensu in *d. l. 1. ff. de Prætoriis stipulat.* Prætoriæ quædam dicuntur communes. Quod vt intelligatur, sciendum est generaliter omnes stipulationes esse sui naturâ cautionales; ideo enim interponuntur, vt quis cautior, & securior sit, *d. l. 1. §. & sciendum.*

Summa autem divisio omnium stipulationum in *hoc titulo* proponitur, vt sint judiciales, Prætoriæ, conventionales, & communes. Sed Prætoriarum rursus tres species constituuntur in *d. l.* 1. Sunt enim judiciales, cautionales, & communes. Iudiciales, vt dixi, hoc loco alio sensu dicuntur; quia propter futurum judicium interponuntur. Cautionales, quæ non futuri judicii causâ, & vt judicio subserviant; sed per se tamquam actiones impetrantur, vt novâ actione ex stipulatu ei, qui has desiderat, cautum sit. Et ideo specialiter cautionales dicuntur, quamvis generaliter omnes sint cautionales: solet enim species aliquando occupare nomen generis, *l. 2. §. his legib. ff. de orig. jur.* Communes verò Prætoriæ sunt, quæ & judiciales, & cautionales esse videntur, vt judicio sisti; hæc enim propter judicium interponitur. Sed quia non vt judicium ratum sit, vt judicium secutâ condemnatione plenum sortiatur effectum; sed vt potiùs cautior, & securior actor sit, si judicio se reus non sistat: ideo partim judicialis, partim cautionalis esse videtur: &, vt rectissimè Accursius animadvertit, hac potissimùm notâ distinguitur à merâ judiciali Prætoriâ; quia judicialis interponitur propter rem judicatam, vt judicatum solvere teneatur reus: hæc verò, vt judicium procedat, & judicio non procedente, vt actione ex stipulatu agi possit: quâ parte videtur esse cautionalis.

De inutilibus stipulationibus.

CAPVT XIX.

OMNIS res quæ dominio nostro subicitur, in stipulationem deduci potest: sive illa mobilis, sive soli sit.

§. I. At si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti Stichum, qui mortuus sit[1], quem vivere credebat: aut hippocentaurum, qui esse non possit: inutilis erit stipulatio.

[1] STICHVM QVI MORTVVS SIT] Potest tamen ex sententia Sabini vno casu esse vtilis, si is stipulatus sit Stichum, qui mortuum potuit condicere, puta à fure. idémque dicendum est, si morâ factâ defunctum quis stipulatus sit, *l. 83. §. pen. ff. de verb. oblig.*

§. II. Idem juris est[1] si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat: vel publicam quæ vsibus populi perpetuò exposita sit, vt forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quòd publica res in privatum deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est[3]. Item contrà licèt initio vtiliter res in stipulatum deducta sit: si postea in earum qua causa, de quibus suprà dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio[4]. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, Lucium Titium, quum servus erit, dare spondes? & similia: quia quæ natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

Ex Paul. l. 83. §. sacram, de verb. oblig.

[1] IDEM IVRIS EST] Hoc naturalem rationem efficere Caius ait *l. 1. §. si id quod, ff. de oblig. & action.* Et addit ignorantem fuisse stipulatum, vt intelligamus ignorantiam non facere, vt consistere possit obligatio; & quia sani homines scientes hujusmodi res stipulari non posse videntur, *l. cum servus, §. vlt. ff. de leg.* 1. vnde meritò quæritur, cùm inter ignorantes omnium harum rerum emptio valeat, vel potiùs valere fingatur, *l. 4. 5. 6. l. liberi hominis, ff. de contrah. emptione*; vt nempe agatur actione ex empto in id quod interest, *§. vlt. infrà, de emptione & vendit.* an saltem ex hac causa valeat stipulatio, quæ semper pendet ex causâ præcedenti lucrativâ, vel onerosâ. Et indistinctè admittere non possum quod D. Cujac. probat ad *d. l. 1. §. si id quod*, hoc casu valere stipulationem. Emptioni enim subjecta hac formâ stipulatio, *Stichum dari*, hanc vim habet; vt qui ex emptione tenetur tantùm tradere vacuam possessionem, dominium transferre teneatur, *l. si ita, §. vlt. ff. de contrahenda emptione*, vbi nominatim Iurisconsultus ait certam esse stipulationem: agi ergo non posse in id quod interest, quod semper incertum est. Et quemadmodum Iurisconsultus ait in *l. scire debemus* 29. *§. vlt. ff. de verb. oblig.* non valere stipulationem, si quis hominem suum à fure dari stipulatus sit; & valere tamen si ita concipiat stipulationem, quidquid ex causa stipulationis dare facere oportet: ita quoque non insubtiliter dici posse existimo, valere stipulationem si ita concepta sit, quidquid ex causa emptionis præstari oportet: vulgarem stipulationem, quæ fit simpliciter, *rem dari*, non valere; stipulationem specialem quæ fit adjectâ causâ valere, vt ex Talæleo Græco interprete idem vir præstantiss. docuit ad *d. l. scire debemus.*

*[2] IDEM IVRIS EST] Rem sacram, aut liberum hominem stipulari vtiliter non possumus, *l. 83. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig.* neque item sub conditione, cùm profana erit, aut cùm servus esse cœperit; quamvis rem meam possim stipulari vtiliter cùm mea esse desierit: quoniam rei sacræ detestationem, & hominis liberi servitutem expectare dirum est. Et ideo impossibilis hæc conditio videtur in libero homine, & re sacra; possibilis in re mea. Res sacræ, & liber homo sui naturâ dominio nostro eximuntur; at rem meam sui naturâ dominio nostro non

eximi satis constat ex eo, quòd in meo dominio sit tempore stipulationis. Sed videretur dicendum aliâ ratione infirmari posse stipulationem rei meæ, scilicet, quòd in stipulationibus etiam conditionalibus id tempus spectetur, quô contrahimus, *l. 78. si filiusfam. ff. de verb. oblig.* At inspecto tempore contractûs vtilis stipulatio esse non potest, quæ purè concepta sine dubio esset inutilis. Sed, vt rectè D. Cujac. hac in re est constituenda differentia inter personas, & res quæ in stipulationem deducuntur; nam quod ad personas attinet, tempus contractus inspicimus; quod ad res quæ in stipulationem veniunt, conditionis eventum.

³ PROTINVS INVTILIS EST.] Ex regula Catoniana quæ hoc vult, ea quæ initio non valuerunt, ex postfacto non convalescere. Hanc enim & in stipulationibus locum habere docuit Cujac. ad *l. 1. & 16. ff. de verb. oblig.*

⁴ EXTINGVITVR STIPVLATIO] Ex alia juris regula, quæ dictat ea quæ initio constiterunt postea extingui, si in eum casum recidant, à quo incipere non potuerunt; quæ in stipulationibus locum quoque habet, vt in suprà notatis locis idem præstantiss. vir docuit, & in *l. 83. §. sacram, ff. de verb. oblig.* Sed observandum est, has juris regulas in omnibus casibus non fuisse admissas, neque ab omnibus Iurisconsultis. Et nominatim hoc casu Celsum fuisse in alia sententia colligere licet ex *l. qui res 98. §. aream, ff. de solution.* & ex *d. l. 83. §. sacram.* Videtur autem Tribonianus magis probasse sententiam Pauli, quem duobus locis ex professo refutantem sententiam Celsi induxit, quæ extat in *l. si chorus, §. vlt. ff. de leg. 3.* nec dicere possumus aliud esse in legato; quia idem Paulus de legatis scripsit in *l. servus legatus 27. §. vlt. ff. de adimendis leg.*

§. III. Si quis alium⁵ daturum facturúmve quid spoponderit, non obligabitur: veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quòd si effecturum se vt Titius daret spoponderit, obligatur. *Ex d. l. 83. de verb. oblig.*

⁵ SI QVIS ALIVM] Quia nemo alienum factum promittendo obligatur, *l. 38. in principio, ff. de verb. oblig.* ideóque dubitat Vlp. in *d. lege*, an vtilis sit stipulatio habere licere, quatenus videtur reus promisisse per omnes futurum, vt emptori habere liceat; hoc enim modo promittitur factum alienum. Sed & ita conceptâ stipulatione non videtur, vt eleganter ait Paulus in *l. 83. ff. eod. tit.* simplex abnutivum venditor promittere, id est per se non fieri, vt minimè habere liceat, sed curaturum se vt habere liceat: & hoc sensu dicimus valere stipulationem, nec promisisse venditorem alienum factum. Quamvis dubitationis tollendæ causâ censeat Vlp. vtilius esse subjicere pœnam, vel quanti ea res sit; vt plerumque certam quantitatem re evictâ stipulari solebant; vel id quod interest, *l. si dictum 56. l. si plus 74. ff. de evictionibus, l. venditores 102. ff. de verb. oblig.* Et si dictum sit cautionem esse præstandam, vel si nominatim interposita sit stipulatio habere licere; dictum tamen non sit quantum debitor præstare debeat evictionis nomine: hoc casu pactum ambiguum, cautionem ambiguam contra emptorem, qui potuit legem evictionis apertiùs dicere, interpretamur; vt pactum ambiguum accessionis in *l. si in emptione 34. ff. de contrah. emption.* Ideóque evictionis nomine ex hac ambigua cautione nihil venditor præstabit præter simplum, & ex natura actionis ex empto id quod interest, quæ est elegantissima sententia, *l. si in venditione 60 ff. de evictionib.* ad quam respicere videtur interpres Græcus Constant. Harmenopulus, cùm ita scribit *lib. 1. Promptuarii tit. 15.* ***De ambiguo, & obscuro cautionem***, inquit, ***magna ex parte pro promissore interpretamur;***

quod verissimum esse convincit *l. cùm quæritur, ff. de reb. dubiis*, adhibitâ *l. 38. §. in stipulationibus, ff. de verb. oblig.* Si autem non generaliter, sed specialiter concepta fuerit stipulatio, per se heredémque suum: re ab alio evictâ, neque ex stipulatione, neque ex empto venditor tenetur, nisi in pretium tantùm, *l. 11. ex empto, §. qui autem, ff. de act. empti.* Sed cùm nihil omnino dictum est de evictione præstanda, tunc agere potest emptor actione ex empto, vt dupla committatur, vt docui *tit. superiori.* Hoc enim casu, vt rectissimè vetus interpres Odofredus docuit, res omnis relinquitur dispositioni juris; vel, vt eleganter loquitur *l. 6. ff. de solution.* ex jure sumitur id quod agi videtur, ex jure nempe, quo obtinuit emptori duplam esse promittendam; cui tamen juri conventione derogare licet, & ex pacto formare, & transformare contractum, *l. nec ex Pretorio, ff. de Reg. jur. l. 1. §. si convenit, ff. depositi.*

Ceterum, re evictâ; vel ex stipulatione interposita agere licet; vel actione ex empto in simplum, & duplum evictionis nomine; vel actione ex empto in id quod interest. Introductâ enim stipulatione simplæ, vel duplæ ex edicto Ædilium; ex quo inesse cœpit emptioni nisi aliud convenerit, emptori semper permissum fuit agere actione ex empto in id quod interest, si id forsitan ei vtilius est, vt in specie *l. Titius, ff. de actionib. empti.* & ita quoque constat emptorem agere posse, vel vt res vendita tradatur, vel in id quod interest, *d. l. si in venditione*, & ex his quæ notari solent ad *l. 1. ff. de actionib. empti.* Sunt enim duæ veluti adjectiones actionis ex empto, cujus propria natura est, vt agatur in id quod interest, *d. l. si in venditione*; vt res tradatur, & de evictione caveatur, *d. l. ex empto, §. venditorem*, & *§. seq. ff. de actionib. empti.* quæ dicuntur cetera venditionis in *l. si duo, §. si quis juraverit 3. ff. de jurejurando*, in *l. magis, §. eâdem ratione, ff. de rebus eorum qui sub tutela*, quæ non sunt ex substantialibus contractus: emptio enim consistit, quamvis res præstari non possit, & sine cautione evictionis: sed per consequentias emptionis propriæ sunt; vt totidem verbis ait *l. 5. ff. de actionib. empti.*

§. IV. Si quis alii, quàm cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit. Planè solutio[6] etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, Mihi aut Seio dare spondes? vt obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, rectè possit, vt liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quòd si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est: valebit quidem stipulatio, sed vtrum totum debeatur, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, dubitatum est. sed placet non plus quàm dimidiam partem ei adquiri. Ei qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quæ tibi adquiri possunt.

Ex Vlp. l. 38. §. 6. de verb. oblig.

Ex Pompon. l. si mihi & Titio, de verb. oblig.

[6] PLANE SOLVTIO] Obligatio in alienam personam conferri non potest, factum potest; solvendi autem licentia facti est: atque ita dare, in persona stipulatoris est dominium transferre, in persona autem adjecti est simpliciter tradere; res enim adjecto non acquiritur, sed quod accepit cogitur actione mandati stipulatori reddere, *l. 131. Julianus, §. vlt. ff. de verb. oblig.* nisi donationis causâ fuerit adjectus;

quia tunc ei acquiritur propriâ actione, adhibitâ scilicet fictione brevis manus, quæ celeritate conficiendi negotii eum actum occultat, *l. 3. hac ratio*, §. *ult. ff. de donat. inter virum & uxor.* Res enim videtur stipulatori soluta, & ab eo in adjectum translata. Is tamen neque petere, neque novare, neque acceptum ferre, neque fidejussores accipere, aut constitutum contrahere potest, *l. 10. quod stipulatus, ff. de solution. l. 23. si mihi, ff. de fidejussorib. l. 7. §. si mihi, ff. de constitut. pecunia*; sed tantùm solutum accipere, etiam prohibente stipulatore, qui legem ab initio stipulationi dictam mutare, & solvendi licentiam reo ab initio concessam adimere non potest, *l. 12. §. alia causa, & l. 106. alind est, ff. de solut. & liberat.*

§. V. Præterea inutilis est stipulatio[7], si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti si decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contrà: si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti, tu respondeas, Præsenti die spondeo: Nam si hoc solùm respondeas, Promitto, breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit. *Ex l. 1. de verb. oblig.*

7 PRÆTEREA INVTILIS EST STIPVLATIO] Quæ vulgò adnotantur tam à veteribus, quàm à recentioribus interpretibus, vt hunc locum concilient cum *l. 1. §. si stipulanti, ff. de verb. oblig.* notissima sunt. Ego quod sentio dicam liberè, *hunc* §. quem ex Caio sumptum esse constat, sic esse accipiendum, omnino in casu proposito non valere stipulationem; quia non congruit responsio interrogationi: vt sequenti casu, si purè conceptâ interrogatione quis sub conditione respondeat, vel contrà. Nec possumus ita Caium exaudire; inutilem esse stipulationem, nisi diversitas responsionis illico placuerit, quasi sic confirmari possit stipulatio; addito tamen hoc temperamento, si responsio in interrogatione, vel interrogatio in responsione insit, vt in *l. 1. §. si stipulanti, ff. de verb. oblig.* Nec enim quidquam cogitasse videtur Caius *hoc loco* de hac exceptione, vel regulâ propositâ cum d. exceptione in *d. l. 1. versic. cùm adjicit.* Imo nec Vlpianus ipse in *d. §. si stipulanti*, qui ex rei in stipulationem deductæ naturâ, non ex diversitate responsionis quæ deinde placuit, respondet obligationem esse contractam in decem. *Nam licèt*, inquit, *oporteat congruere summam, attamen manifestissimum est viginti, & decem inesse.*

Ceterum ex dicta regula *cùm adjicit vel detrahit, &c.* quæ generaliter accipienda est; & ex proposita exceptione ad regulam, quæ quoque generalis est: non solùm in decem, sed etiam in viginti vtilis erit stipulatio, si illico placeat diversitas, quasi sit nova stipulatio. Idémque dicendum est de interrogatione concepta purè, quam subsequitur responsio conditionalis, vel contrà: sic enim addimus, vel detrahimus obligationi. Nec vlla probabilis ratio dari aut excogitari potest, quæ convincat confirmari non posse stipulationem, cùm detrahitur, aut adjicitur tempus, vel conditio, si illico diversitas placuerit; quia, vt nominatim ait §. *non solum, infrà, tit. seq.* non solùm in quantitate, sed etiam in tempore minus & plus intelligitur. Ergo & hoc modo adjicitur, vel detrahitur tempore, vel conditione, vel & quantitate. Et cùm generaliter dicat *cùm adjicit, vel detrahit*; in omnibus casibus, quibus additur vel detrahitur, regula cum exceptione procedere debet.

Ex quibus omnibus constare puto §. *si stipulanti*, non esse aptandum ad exceptionem regulæ præcedentis: proponitur enim longè diversa sententia Vlpiani, qui habitâ ratione quantitatis minoris, quæ majori inest; ex rei natura per se, non obstante diversitate responsionis, stipulationem subsistere respondet. Et observa quæso quod ait, *constat*, quo verbo satis demonstrat hoc tandem fuisse hoc casu receptum, post varias controversias; quamvis obstaret vetus regula juris, *quia non congruit responsio interrogationi*, ex qua Caius non valere stipulationem respondebat; sed aliud deinde obtinuisse Vlp. docet. Nec ideo dicendum est hæc esse contraria; quia vnicuique est in proclivi observare progressum juris, id est antiqui juris regulam ex benigna posteriorum Iurisconsultorum interpretatione hoc casu vitium pati.

Et hoc est quod subtiliter nobis indagandum reliquit Tribonianus, in his quæ primâ fronte contraria videntur. Eodémque exemplo ex Caio suprà habuimus in §. *cùm ex aliena materia, & §. seq. tit. de rer. divisione*, mutatione, consumptione, confusione materiæ acquiri dominium, indistinctè, sive bonâ, sive malâ fide interveniente: habitâ tamen ratione rei quæ confunditur aut mutatur; non inspectâ bonâ vel malâ fide personæ, quæ confundit aut mutat. Quæ tamen sententia ne longiùs decurrat, posteriorum Iurisconsultorum responsis sufflaminanda est; ne locum habeat in eo qui malam fidem habuit, vt Paulus & Vlp. docent in *l. de eo, §. si quis, ff. ad exhibendum*, in *l. si quis vxori, §. si quis massam, ff. de furtis.* Hoc enim casu, vt nominatim Paulus ait, quod ex re nostra fit nostrum esse verius est; quibus verbis contrariam sententiam non esse admittendam monet. Et valde notanda est hæc ratio legum conciliandarum, quâ tamen abuti non licet; nisi, vt in superioribus casibus cum similibus, cùm liquidò constat aliud tandem contra veterem juris regulam fuisse receptum. Et valde ad hanc rem pertinent ea quæ docui *suprà, eod. tit. de rer. divisione*, in *§. ex diverso*, de eo qui sciens in alieno solo ædificavit.

§. VI. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem[8] non solùm domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem vlli: filii verò familias aliis obligari possunt.

* 8 SED SERVUS QUIDEM] Quia servi pro nullis habentur, tam jure civili, quàm Prætorio, in personam servilem nulla ex contractu cadit obligatio, *l. in personam 22. ff. de Reg. juris:* at filiifamilias quamvis in patris potestate sint, tam juris civilis, quàm Prætorii habent communionem, liberi homines sunt; & ideo ex omnibus causis tamquam patresfam. obligantur, *l. 39. filiusfam. ff. de oblig. & act.* Extraneis civiliter: parentibus autem, propter vinculum potestatis, naturaliter tantùm, *l. 38. frater à fratre, ff. de condict. indebiti.*

§. VII. Mutum neque stipulari neque promittere posse, palàm est. quod & in surdo receptum est; quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. vnde apparet non de eo nos loqui, qui tardiùs exaudit: sed de eo qui omninò non audit. *Ex l. 1. §. mutum, de oblig & act.*

§. VIII. Furiosus nullum negotium gerere potest; quia non intellegit quæ agit. *Ex Paulo l. in negot. de reg. jur.*

§. IX. Pupillus[9] omne negotium rectè gerit. vt tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: velut *Ex d. l. in negotiis, de reg. jur.*

si

si ipse obligetur. nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

* 9 PUPILLUS] Vt stipulatio jure valeat, non tantùm desideratur vt is qui stipulatur intelligat quid loquatur; sed etiam quid agat. Et ideo furiosus non potest vtiliter stipulari; quia non intelligit quæ agit, vt dicitur in §. *furiosus.* Qua de causa dicendum esset pupillum infanti proximum, quamvis fari possit, & verba intelligat, non posse vtiliter stipulari; quia nullum illius animi judicium est, & nihil pene à furioso distat, §. *præterea, suprà, quib. non est permiss. fac. testam.* Illorum tamen favor hoc extorsit, vt possint vtiliter stipulari; quod benignior interpretatio propter eorum vtilitatem induxit, dummodo intelligant quid loquantur.

§. X. Sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent. nam infans & qui infanti proximus est, non multum à furioso distant: quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. sed in proximis infanti propter vtilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, vt idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.

§. XI. Si impossibilis conditio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat: veluti si quis ita dixerit: Si digito cælum attingero, dare spondes? At si ita stipuletur, Si digito cælum non attingero, dare spondes? purè facta obligatio intellegitur: ideóque statim petere potest.

Ex Paulo l. impossibilis, de verb. oblig.

§. XII. Item verborum obligatio inter absentes concepta, inutilis est. Sed quum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, fortè post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes esse, vel se, vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses[10] advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas: nisi ipse, qui talibus vtitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per testes idoneos adprobaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

* 10 CÆSARIENSES ADVOCATOS] Hæc constitutio non ad advocatos qui erant in Cæsarea Metropoli, sed ad Iohannem Præfectum Prætorio Orientis, & Illyrici missa est, ex *l. 14. optimum, Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Sed quia missa est à Iustiniano ad interrogata advocatorum, vt dirimeretur quæstio quæ frequenter in judiciis versabatur, dicitur ad advocatos scripta. Solebant nimirum hæc responsa ad Præfectum Prætorio qui erat per Orientem mitti; vt is deinde nota omnibus faceret, §. 2. *versic. at ex contrario, suprà, quib. alien. licet vel non.*

§. XIII. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat: non

magis, quàm post ejus mortem, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui[11] in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed & si quis ita stipuletur, Pridie quàm moriar, vel, Pridie quàm morieris, dari? inutilis erat stipulatio. Sed quum (vt ita dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent: placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem: vt sive post mortem, sive pridie, quàm morietur stipulator, sive promissor stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

* [11] AC NEC IS, QVI] Dubitari poterat ex eo quod dicitur in §. *item post mortem*, posse conferri vtiliter stipulationem in mortem alterius. Sed ratio differentiæ manifesta; potest enim contingere vt vtroque, & promissore, & stipulatore vivente, tertius ille alter moriatur: quod dici in hoc casu propter vinculum potestatis nequit; filius enim non est alter à patre, sed eadem persona.

§. XIV. Item si quis ita stipulatus erat, si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed quum Leo inclytæ recordationis, in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse reiciendam existimavit; nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, vt non solùm in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

§. XV. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat, Quum moriar dare spondes? vel: Quum morieris, vt apud veteres vtilis erat, & nunc valet.

§. XVI. Item post mortem alterius rectè stipulamur.

§. XVII. Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit. *Ex Paulo lib. 5. sent. tit. 7.*

§. XVIII. Quotiens plures res[12] vnâ stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat, dare spondeo, propter omnes tenetur. Si verò vnam ex his, vel quasdam daturum se responderit: obligatio in iis pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus vna, vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

* [12] QVOTIES PLVRES RES] Pluribus rebus in stipulationem deductis, plures esse stipulationes constat satis ex eo, quòd vna ex illis potest esse perfecta, alia imperfecta. Quod tamen dici non posset si vna tantùm esset stipulatio, quæ perfecta esse non posset, nisi interrogationi responsio congrueret, §. *preterea, suprà, hoc tit.* quod non fieret, si quædam in respondendo promissor omisisset, quæ fuissent in interrogatione comprehensa: plures igitur esse stipulationes certum est, *l. quod dicitur 86. l. 29. scire, §. quamvis, ff. de verb. oblig.* Nec obstat quod dicitur in *d. l. 29. §. stipulationem*, vnam esse stipulationem, si quis familiam, supellectilem, lecticarios, quadrigam, & servos stipuletur; quo casu plures res omnino separatas in stipulationem deduci certum est. Nec quod in *l. 79. si chorus, ff. de leg. 3.* dicitur, choro, aut

familiâ legatis, perinde esse quasi singuli homines legati essent; quibus verbis significatur plura esse legata. Respondeo enim nihil prohibere quominus idem dici possit vnum, & plura, diversâ ratione: vnum obligatione, & jure; plura divisione capitum. Sic stipulationem legatorum vnam esse Vlpianus asserit in *d.* §. *stipulationem*, quamvis plura corpora sint, vel plura legata; quia in eo singulæ res, vel singula legata non exprimuntur, vel vnquam inveniuntur expressa à contrahentibus. Quâ ratione cùm acervum pecuniæ quis stipulatur, non tot sunt stipulationes quot corpora nummorum, sed vna stipulatio est; nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum esset, vt docet Vlpianus in *d.* §. *quamvis*, *l.* 29. *ff. de verb. oblig.*

§. XIX. Alteri stipulari [13] (vt suprà dictum est) nemo potest. Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, vt vnusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum vt alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere pœnam stipulari conveniet, vt nisi ita factum sit, vt comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari nihil agit. sed si addiderit pœnam, Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.

Ex d. l. stipulatio, §. alteri, de verb. oblig.

* [13] ALTERI STIPULARI] Alteri stipulari neminem posse regulariter dicitur, quod de absente intelligit D. Cujac. ex *l.* 3. *si cum*, *C. de contrah. & committ. stipulat.* & *l.* 3. *C. de inutilib. stipulat.* vnde ex diverso admittit, alteri præsenti non inutiliter nos stipulari; quam sententiam nititur confirmare in *Parat. Cod. de inutilib. stipul.* ex *l. si dictum*, §. *si præsente*, *ff. de evictionib.* & *l.* 79. *si procuratori*, *ff. de verb. oblig.* in qua vtilis actio acquiritur domino præsenti, in cujus persona à procuratore concepta stipulatio est; quia ipse præsumitur stipulatus: quæ præsumptio in absente locum habere non potest; quia naturæ repugnat, præsumptionem autem juris naturæ convenire oportet. Sed cùm prædictæ leges non de extraneo, sed de procuratore loquantur, non temerè hæc sententia videtur admittenda; cùm inter extraneum, & procuratorem diversitatis ratio sit manifesta. Nam procuratoris interest negotium domini vtiliter geri; cùm ipse teneatur actione mandati, quod de extraneo dici nequit: & ideo melius & tutius videtur, generaliter hanc regulam accipere, tam in præsente, quàm in absente.

§. XX. Sed & si quis stipuletur alii, quum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo, & stipulatus est rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus esset pupillo, si malè gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori dari stipulatus sit, quòd sua interest, ne fortè vel pœna

Ex d. l. stipulatio, §. si stipuler. de verb. oblig.

committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

§. XXI. [a] Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, vt non teneatur nisi pœnam esse promiserit. [a] Ex d.l. stipulatio, §. at si quis de verb. oblig.

§. XXII. [b] Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, vtiliter stipulatur. [b] Ex Vlp. l. nemo 2. de verb. oblig.

§. XXIII. [c] Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris. [c] Ex Venul. l. 137. §. 1. de verb. oblig.

§. XXIV. Quod turpi ex causa promissum est: veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet. Ex Vlp. l. generaliter, de verb. oblig.

§. XXV. Quum quis [14] sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licèt ante conditionem decesserit: posteà existente conditione heres ejus agere poteſt. Idem est & ex promissoris parte.

* 14 CVM QVIS] Dubitari poterat, an existente conditione post mortem stipulatoris, heres posset exigere; propter regulam jam propositam, post mortem suam scilicet neminem posse stipulari; quia obligatio ab herede non potest incipere, §. *post mortem suam, suprà.* quod tamen videtur admittendum, si heres petere potest post conditionis eventum; cùm pendente conditione, neque cedat, neque veniat dies obligationis, *l. cedere diem 213. ff. de verb. sign.* sed cùm in omnibus contractibus non tantùm nobismetipsis, sed etiam heredibus nostris consulamus, *l. 9. si pactum, ff. de probationib.* & stipulatio conditionalis retrotrahatur, vt ex præsenti vires capiat, *l. 78. si filiusfam. ff. de verb. oblig.* rectè diximus non ab herede, sed à defuncto incipere obligationem; cùm cedat sub conditione, & debeatur: & ideo vires habet, & in heredem transmittitur, vt docet Cujac. *lib. 25. Obs. cap. 19.*

§. XXVI. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Ex Pompon. l. qui hoc, de verb. oblig.

§. XXVII. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuò agere, nisi tantum spacium præterierit quo traditio fieri possit. Ex Paulo, l. 105. de solut.

De fidejussoribus.

CAP. XX.

PRO eo qui promittit solent alii obligari [1], qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant vt diligentiùs sibi cautum sit. Ex Caio, l. 1. §. sed aut, de oblig. & act.

[1] SOLENT ALII OBLIGARI] Qui adpromissores dicuntur in *l.* 5. §. *satis acceptio, ff. de verb. oblig.* & in *l. si vero* §. *sed & si, ff. soluto matrim.* sic enim legendum est ex Pandectis Florentinis, non *expromissores*, quibus acceptis, renovatâ obligatione rei principales liberantur, *l. qui libertinus, in fine, ff. de oper. libertor.* Hi, expromissores nempe, obligantur proprio nomine, vt & mandatores suo nomine, *l. Papinianus, ff. mandati*, illi alieno nomine eamdem obligationem suscipiunt, id est de eadem re, *l.* 1. §. *verbis, in fine, ff. de oblig. & action. d. l.* 5. §. *satis acceptio.*

§. I. In omnibus autem obligationibus[2] adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest[3], vtrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adiciatur fidejussor: adeò quidem vt pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur. *Ex Vlp. l. Græcè de fidejuss. & mandator.*

[2] IN OMNIBUS AUTEM OBLIGATIONIBUS] Videtur primum hoc admissum in obligatione quæ verbis fit; quo casu rectè, & propriè Caius ait adpromissorem, vel fidejussorem eâdem obligatione teneri *d. l.* 1. §. *verbis, ff. de oblig. & act.* Et ita quoque duo rei debendi primùm verbis accepti fuerunt, qui & ideo rei promittendi dicti sunt. Obtinuit deinde & in ceteris contractibus duos reos sine verbis accipi posse, *l. eamdem, ff. de duobus reis.* Sed dubitatum fuit, an ex deposito, & commodato dari possit fidejussor, *l.* 2. *ff. hoc tit.* quia propriè datur, cùm plenam fidem debitoris sequitur creditor, & itur in creditum: ex his autem contractibus rem reddere, vel restituere, non autem dare tenetur reus. Ideóque quæsitum quoque fuit, vtrum ex his contractibus dominus, vel pater teneri possit de peculio dumtaxat, vel in solidum de re reddenda, *l.* 3. §. *si filiofam. ff. commodati, l. depositi, ff. de peculio:* vt fit cùm servus, vel filius rem tenet; quo casu suo nomine dominus, vel pater teneri dicitur ad exhibendum, *l. cùm servus, ff. ad exhibendum.* Obtinuit tamen his non obstantibus agendum esse de peculio dumtaxat, & fidejussorem dari posse; quia semper verum est agi in personam, & nasci obligationem ex contractu.

*[3] AT NE ILLVD QVIDEM INTEREST] Hic est effectus naturalis obligationis, vt fidejussor qui accedit, & naturaliter, & civiliter obligetur: neque tamen in plus tenetur, sed firmiùs adstringitur; quod non est contra juris regulas. Hoc tamen non est perpetuum, nam cùm dominus naturaliter obligatus servo, fidejussorem dat, non obligatur civiliter fidejussor; quia civilis obligatio in persona servi consistere non potest, quin statim recurrat in dominum; atque ita pro eodem, & eidem esset fidejussor obligatus, *l.* 56. *si quis,* §. 1. *ff. de fidejussor.* Quod nec jus, nec naturalis ratio patitur, vt idem sit ejusdem pecuniæ creditor, & debitor; sed corruit obligatio, cùm in vnam & eamdem personam concurrant jura actoris, & rei *l. frater à fratre, ff. de condict. indeb.* quâ ratione fit vt in illa specie, naturali obligationi inutiliter accedat fidejussor.

§. II. Fidejussor non tantùm[4] ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum[5] relinquit. *Ex Vlp. l.* 4. *hoc tit.*

*[4] FIDEIVSSOR NON TANTVM] Quod dicitur, ex contractibus defunctorum heredes in solidum teneri, *l.* 12. *ex depositi, & l.* 49. *ex contractibus, ff. de*

oblig. & actionib. locum tantùm habere dicendum videbatur in propriis contractibus, non in alienis: ideóque heredem fidejussoris non teneri, cùm pro debitore fidejussor obliget se; & in mandatore hoc obtineat, vt ipse esset obligatus, non autem heres illius, vt docet Cujac. *lib.* 23. *Obs. cap.* 25. & indicat manifestè Vlpianus in *l.* 6. §. *si tibi, ff. mandati*, his verbis, *Si tibi mandavero, quod mea non interest, veluti vt pro Seio intervenias, vel vt Titio credas; erit mihi tecum mandati actio, vt Celsus libro septimo digestorum scribit: & ego tibi sum obligatus:* nam custoditè de eo qui mandavit, non de herede loquitur. Et ideo in fidejussore idem obtinere dici poterat, cùm mandatoribus conjungantur fidejussores, & conjunctim de vtrisque agatur in *tit. de fidejussoribus & mandatoribus.* Heredem tamen fidejussoris obligari placuit; quia eâdem obligatione tenetur, & rei principalis locum obtinet, *l.* 4. §. *vlt. ff. de fidejussor. & mandatorib.*

5 HEREDEM OBLIGATVM] *L.* 4. *ff.* & *l.* 24. *C. hoc tit.* & valde notanda est ratio, quâ vtitur Vlp. in *d. l.* 4. *Quia*, inquit, *rei locum obtinet fidejussor.* Nec enim videtur temerè admissum alieno nomine obligari posse fidejussorem; cùm ideo sint obligationes inventæ, vt vnusquisque quod sua intersit consequatur, §. *alteri, suprà, tit. præcedenti*; vt vnusquisque suum negotium gerat, non alienum. Eadémque dubitatio fuit in mandatore, qui tibi mandat quod sua non interest, puta Titio pecuniam credas, *l.* 6. §. *si tibi, ff. mandati*; & tamen obtinuit vtrumque obligari mandatorem, & fidejussorem. Sed de heredibus mandatoris, & fidejussoris major fuit dubitatio; quamvis enim ex contractibus defunctorum regulariter heredes teneri dicantur in solidum, *l. ex depositi, l. ex contractibus, ff. de oblig. & actionibus*; hæc tamen sententia locum tantùm habere videbatur in propriis contractibus, non in alienis. Imò & in propriis, certis casibus vitiatur, §. 1. *versic. aliquando, infrà, de perpet. & tempor. actionibus, l. vlt. ff. de fidejussorib. & heredib. tutor.* Et heredem mandatoris, cujus rogatu pecunia credita est; quia non accedit obligationi, nec rei principalis locum obtinet, obtinuit omnino non obligari, vt ex Paulo D. Cujac. docuit *lib.* 23. *Obs. cap.* 25. & custoditè Vlp. in *d. l.* 6. §. *si tibi*, *Ego tibi sum obligatus.* Heredem verò fidejussoris obligari placuit; quia eâdem obligatione tenetur; quia rei principalis locum obtinet, vt loquitur *d. l.* 4.

§. III. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest. *Ex d. l. 4. & l. stipulatus, hoc tit.*

§. IV. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatæ tempore partes petere. Ideóque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab vno fidejussore creditor totum consequutus fuerit: hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, quum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare vt pro parte in se detur actio.

§. V. Fidejussores ita obligari non possunt, vt plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse quàm in principali re.

At ex diverso, vt minùs debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur, contrà verò obligari non potest. Item si ille purè [6] promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contrà verò non potest. Non solùm enim in quantitate, sed etiam in tempore minus & plus intellegitur. Plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

[6] ITEM SI ILLE PVRE] Docet D. Cujac. in *posterioribus notis*, hoc casu nullam differentiam esse constituendam inter fidejussionem, & constitutum, contra Accursium, in *l. 4. ff. de constituta pecunia.* Sed in Accursij sententiam proclivior sum; quia, vt Labeo dicebat in *l. 3. §. vlt. ff. eod. tit. Vel propter has potissimùm pecunias, quæ nondum peti possunt, constituta inducta sunt.*

§. VI. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causâ habet cum eo mandati judicium.

§. VII. Græcè fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι. sed & si φημὶ dixerit, pro eo erit, ac si dixerit λέγω. *Ex d. l. Græcè. hoc tit.*

§. VIII. In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, vt quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideóque constat si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

De literarum obligatione.

CAPVT XXI.

OLIM scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in vsu. Planè si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est: de pecunia minimè numerata, post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim sæpissime constitutum est. sic fit vt hodie dum queri non potest, scripturâ obligetur: & ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat. sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, vt vltra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur. *L. contractib. Cod. de non num. pecun.*

DE obligatione, quæ nominibus contrahi dicebatur per scripturam mensæ argentarii, vide Cujac. in *l. si plures*, & in *l. si vnus, ff. de pactis.* Pecuniâ enim de

mensa numeratâ, ex sola nominum præscriptione, & ex tabulis argentarii, obligatio sine vlla alia solemnitate contrahebatur. Et hoc casu chirographo cavebat debitor, se accepisse mutuos nummos tot à L. Titio, de mensa argentarii, nec necessaria erat stipulatio; quia vires accipiebat obligatio à scriptura mensæ, *l. qui tabulas* 27. §. 1. *ff. de furtis.* Pecuniâ autem numeratâ de domo, vt in *l. lecta, ff. de rebus credit.* tunc necessaria erat stipulatio: ad quem morem respicere videtur Symmachus epist. 5. lib. 1. *Ne mihi sit*, inquit, *debiti hujus postnegatio, en vobis chirographi instar litteras, sponsionem stipulatur affectio.* Ideóque conjunctâ scripturâ in *l. vlt. ff. de doli mali & metus except.* actio quæ ex hoc chirographo datur, dicitur actio ex chirographo ex stipulatu. Sed postquam frequentari minùs cœpit scriptura mensæ, quæ publicam probationem habuit; prævaluit vsus privatorum chirographorum: quibus quamvis non subjiciatur stipulatio, tamen contra auctoritatem veteris juris constitutiones Principum firmitatem dederunt; si modò intra tempus præstitutum non opponatur exceptio non numeratæ pecuniæ, id est intra biennium ex Iustiniani constitutione.

* QVANDO pecunia numerabatur ex arca & domo, vt est in *l. lecta, ff. de reb. cred.* erat necessaria stipulatio: quando autem de mensa argentarii, obligatio sine vlla verborum solemnitate contrahebatur, nec erat necessaria stipulatio; quia vires accipiebat obligatio ex scriptura mensæ, *l.* 27. §. *inde potest, ff. de furt.* sed tantùm chirographo cavebat debitor, se à, puta Mævio creditore pecuniæ, certam quantitatem accepisse de mensa argentarii: quo chirographo amisso, per scripturam mensæ probari poterat numeratam fuisse pecuniam; qua de re vide Cujac. *lib.* 22. *Obs. cap.* 4. & ad *l. si plures*, & *l. si vnus, ff. de pactis.* Sed cùm hæc scriptura, quæ apud mensam fiebat, abiit in desuetudinem, vsus privatorum chirographorum invaluit: quibus etiamsi non subjiceretur stipulatio, vt olim necesse erat, vt constat ex *l. vlt. ff. de dol. mal. & met. except.* constitutionibus Imperatorum receptum est, vt haberent firmitatem, si modò intra tempus præfinitum non opponeretur exceptio non numeratæ pecuniæ.

De consensu obligatione.
CAPVT XXII.

CONSENSV fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi: quia neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est, at nec dari quidquam necesse est, vt substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. vnde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuncium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: quum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

Hic totus tit. ex l. 2. de oblig. & act.

Hæ

Hæ obligationes ex solo, & nudo consensu substantiam capiunt; nam in ceteris desideratur quidem consensus, *l.* 1. §. *pen. ff. de pactis*, sed præter consensum omnibus obligationibus communem, necesse est vt aliquid præcedat, ex quo substantiam capiat obligatio; puta rem dari oportet, aut concipere verba solemnia, aut scripturam adhibere: in his verò sufficit consentire, quæ propria est natura conventionum, quas à jure gentium acceptas jus civile comprobavit, *l.* 1. §. *vlt. ff. de contrah. empt.*

* Eæ obligationes dicuntur ex consensu fieri, non quòd in ceteris omnibus consensus non requiratur, nullus enim contractus est qui non consensu fiat, *l.* 5. *de oblig. & act. Cod.* cùm omnium contractuum genus sit conventio, *l.* 1. §. 3. *& l.* 7. *juris gentium, ff. de pactis:* sed quòd ex solo, & nudo consensu substantiam capiat; cùm in ceteris præter consensum, aut rei traditio, aut verborum solemnitas, aut scripturæ proprietas desideretur. Præterea hoc habent proprium, vt bonæ fidei sint, & vltrò citróque statim obligent; ideóque propriè sunt contractus, *l.* 19. *Labeo, ff. de verb. signif.* Itaque in illis nemo se nisi cum aliqua sua vtilitate obligat, quoniam eum cui obligatur ipse vicissim obligat. At in reliquis non est ita, ideóque solemnitas quædam, & civilis forma his adhibita est, ne tam facilè obligatio nasceretur.

De emptione & venditione.

CAPVT XXIII.

EMPTIO & venditio contrahitur simulatque de pretio[1] convenerit: quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit. Nam quod arræ nomine[2] datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet. nam nihil à nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. in iis autem quæ scripturâ conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propriâ contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabelliones fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impunè eis recedere concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum. hoc etenim subsequuto, sive in scriptis, sive sine scriptis, venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si verò venditor, duplum restituere compellitur, licèt

L. contractus, Cod. de fide instrum.

super arris nihil expressum est. Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest.

[1] SIMVL ATQVE DE PRETIO] Et id quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, nullâ conditione injectâ, *l. 8. ff. de periculo & commodo rei vendita.*

*[1] SIMVL ATQVE DE PRETIO CONVENERIT] Solo consensu contrahitur emptio, intercedente re, vel pretio; non enim potest intelligi sine re quæ veneat, *l. 8. nec emptio, ff. de contrah. empt.* & nisi appareat quid, quale, quantúmque sit illud quod venierit, *l. 8. necessario, ff. de peric. & commod. rei vend.* Et ideo dubitatum est meritò an esset emptio, cùm captus piscium, vel avium, vel missilium emitur, si nihil inciderit. Receptum tamen est emptionem esse; quia tunc alea, & spes emitur, *d. l. 8. §. aliquando, ff. de contrah. empt.* Pretium autem debet esse certum; quia in hoc substantia ejus consistit, *l. 72. pacta conventa, ff. de contrah. empt.* & ideo contractus imaginarius venditionis, & donationis causâ simulatus, quasi deficiat in sua substantia nihil prorsus valet, *l. 2. §. 1. ff. & l. 9. C. eod.* Et debet in pecunia consistere, ex sententia Proculeianorum quæ obtinuit.

[2] ARRÆ NOMINE] De datione arrarum, vide Cujac. *lib. 11. Obs. cap. 17.* & in expositione *l. contractus, C. de fide instrument.*

§. I. Sed & certum pretium esse debet: alioquin si inter aliquos ita convenerit, vt quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundéque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, vt quotiens sic composita sit venditio, Quanti ille æstimaverit, sub hac conditione staret contractus: vt si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit: omnimodo secundùm ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem: quasi nullo pretio statuto. Quod jus quum in venditionibus nobis placuit: non est absurdum & in locationibus & conductionibus trahere. *L. vlt. Cod. de contrah. empt.*

§. II. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo, an fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quærebatur. Sabinus & Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. vnde illud est quod vulgò dicebatur: permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eámque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse: argumentóque vtebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis: *Ex l. 1. de contrah. empt.*

Ἔνϑεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί, *Iliad. 7 circa finem.*

Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diversæ scholæ auctores contrà sentiebant, aliúdque esse existimabant permutarionem rerum, aliud emprionem & vendirionem. alioquin non posse rem expediri permutaris rebus, quæ videatur res vænisse, & quæ pretii nomine data esse: nam vtramque videri & vænisse, & pretii nomine daram esse, rationem non pati. Sed Proculi senrenria dicentis permutationem propriam esse speciem conrractus à venditione separatam, meritò prævaluit: quum & ipse aliis Homericis versibus adjuvatur, & validioribus rationibus argumentatur: quod & anreriores divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latiùs significatur.

*3 DIVERSÆ SCHOLÆ AVCTORES] Meritò prævaluit Proculeianorum sententia; quia inter emptionem, & permutationem plures esse maximi momenti differentias constat, ex *l. 1. ff. de rerum permut.* Permutatio enim est contractus innominatus, ex quo ex vtraque parte transfertur dominium; & qui rem alienam dat, nullam contrahit permutationem, *d. l. 1. §. ideòque.* Emptio autem est contractus nominatus, do vt tradas, in quo non est necesse rransferre dominium rei venditæ, sed venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo. Emptio nuda consentientium voluntate contrahitur, ex solo consensu substantiam capit: permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet; meritò igitur à venditione separatur.

§. III. Quum autem emptio 4 & venditio conrracta sit, quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, quum sine scriprura res agitur: periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parre incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis torus vel aliqua ex parre ablarus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor, aut deterior esse cœperit: emproris damnum est, cui necesse est, licèt rem non fuerit nactus, prerium solvere. Quidquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessir, ad emptoris commodum perrinet. Nam commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quòd si fugerit homo, qui veniit, aur subreprus fuerir, ira vr neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus vsque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet, si non suscepit securus est. Item & in cereris animalibus cererisque rebus inrellegimus, vtique tamen vindicationem rei & condictionem exhi-

Ex Caio l. quod sæpe, §. si res, de contrah. empt.

bere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

4 QVVM AVTEM EMPTIO] Regula juris certissima proponitur in hoc §. periculum rei venditæ ad emptorem ante traditionem pertinere, quamvis non sit rei dominus, *versic. item, infrà, hoc* §. cui regulariter res perire dicitur, *vulg. l. pignus, C. de pigneratit. act.* quia in hoc contractu tacitè id agi intelligitur, quasi is qui emit accepisse videatur: nam & emere antiqui dicebant pro accipere, auctore Festo; vnde & *abemito* significat *demito, auferto*; glossæ veteres, *abemit, ab eo accepit*, ἀφεῖλεν, &c. Meritò enim hoc emptori imputatur, quòd pretio dato rem non acceperit: nec æquum fuit venditorem, qui se rei tradendæ necessitate obstrinxit, hoc periculum subite; cùm per eum non stet quominus rem alienatam emptor accipiat. Confirmatur autem passim hæc regula, vt in *d. l. necessario 8. ff. de peric. & commodo rei vendit. l. 5. §. vlt. ff. de rescindenda vendit. l. 15. ff. de jure dot. l. vlt. C. de periculo & comm. rei vendita*, cum similibus: ex quibus constat ita rem perire emptori, vt & pretium solvere teneatur: re enim peremptâ, vt Iulianus ait in *d. l. 5. §. vlt.* venditor omnino liberatur, emptor verò tenetur actione ex vendito.

Sed vulgò existimant facessere negotium *l. si fundus 33. ff. locati*, quæ D. Cujacio persuasit ita hanc regulam esse accipiendam, vt res quidem perire dicatur emptori; quia ex natura actionis ex empto non potest rem petere, vel agere in id quod interest: pretium tamen non perire, quod non tenetur solvere, vel potest repetere datum in antecessum.

Sed si hoc verum est, cur contrà tot locis perspicuè traditum est in Pandectis, & Codice, omne periculum præstare emptorem, eumdémque teneri omnino pretium solvere. Nec potest confirmari hæc interpretatio ex *l. lectos, & seq. duabus, ff. de peric. & commod. rei vend.* Nam manifesta est culpa venditoris, qui lectos in publica via positos vendiderat; quia eam diligentiam adhibuisse non videtur, quam debent homines frugi & diligentes præstare. Cavere enim debuit ab occursu Ædilis, id est Magistratus qui curam habuit viarum publicarum; & morosè imò & injuriosè curabat, ne quid in via publica reponeretur, quo populo iter deterius esset: vt meritò Plautus in *Captivis*, nescio quem multa importunè imperantem dicat, edictiones Ædilitias habere. Et ab ipso Ædili viarum munditiem acerbè exactam fuisse, docet Sueton. in *Vespasiano. Vespasianum*, inquit, *Ædilem Cæsar succensens, propter curam verrendis viis non adhibitam, luto jussit oppleri.*

Et quod idem vir præstantissimus tentat ex *l. naturalis* §. *sed si scyphos, ff. de præscriptis verb.* junctâ *l. vlt. ff. de condict. causa data causa non sec.* constare non posse apparet; quia, vt docui suprà *tit. de obligat.* negotium de quo in *d. l. vlt.* non est permutatio; &, vt integer textus convincit, agi tantùm potest condictione causâ data causâ non secutâ, non actione præscriptis verbis. Et qui pecuniam dedit, mortuo Sticho pecuniam hac condictione repetit; quia Stichus non potest dari mortuus: nec ejus qui pecuniam dedit periculo est; quia hoc negotium neque est emptio, neque permutatio, vel, vt loquitur, pro portione emptionis venditionis non est. In *d. l. naturalis*, §. *sed si scyphos*, Stichus est periculo ejus qui scyphos dedit; quia est permutatio, quæ emptionis instar esse eleganter dicitur à Valentiniano, in *Nov. de his quæ administrantib. vel offic. publicum gerentib. distracta sunt.* Et in hoc ergo casu imitatur permutatio emptionem; quia scyphos amittit qui dedit: &, vt nominatim Paulus ait, qui Stichum ex permutatione debuit, culpam dumtaxat præ-

ſtare tenetur: ergo nihil aliud præter culpam; quia ait *dumtaxat*, quæ verba non poſſumus cavillari.

Malè quoque in hanc rem vir magnus vti videtur *l. ſi ſoluturus 39. in 2. parte, ff. de ſolutionibus:* in cujus ſpecie cùm Africanus perſpicuè reſpondeat nummos depoſitos, & mercem ipſam eſſe periculo emptoris: hæc ſententia ſic omnino accipienda eſt, vt ſi merx & nummi pereant; non ſolùm merx, quia emptio perfecta eſt, vt ait; ſed etiam nummi ſint emptoris periculo, quos nempe rurſus ſolvere tenetur venditori: qua de re meritò dubitari potuit, quaſi jam dediſſe & ſolviſſe videatur, qui depoſuit. Sed quia ipſe emptor depoſitarium elegit, hoc ei eſſe imputandum cenſet, nec hoc caſu nummos perire venditori. Vt autem procedat Africani quæſtio, neceſſariò ponendum eſt hoc habuiſſe Africanum pro certo & indubitato, re peremptâ teneri emptorem pretium ſolvere: ſi enim ſolvere non tenetur, ridicula videtur Africani dubitatio. Cùm enim ait emptoris periculo nummos eſſe; non ſolùm hoc ideo ait, quia amittit nummos quos depoſuit, nec caſum hunc fortuitum præſtare tenetur depoſitarius, qua de re nulla vnquam fuit dubitatio: ſed etiam quia pretium, quod jam ſolviſſe videbatur emptor nummis depoſitis, rurſus præſtare tenetur: quæ eſt, ni fallor ſententia vera *d. l. ſi ſoluturus.* Ex qua tantùm abeſt vt confirmari poſſit ſententia Cujacii, vt potiùs oſtendat regulam hoc loco propoſitam eſſe certiſſimam.

Sed reſtat adhuc ex eodem Africano *d. l. ſi fundus*, qua potiſſimùm nititur. Sed breviter obſervandum eſt, ſpeciem hujus legis eſſe de fundo publicato; non de re peremptâ, vel extinctâ caſu quodam, qui plerumque & naturaliter contingere ſolet. Eſſe de re evictâ vi quadam majore, id eſt auctoritate Principis, vel præcepto Principali, vt loquitur *l. Lucius Titius, ff. de evict.* ideóque, quaſi re evictâ quærit Africanus, quod notandum, an agere poſſit emptor in id qnod intereſt, ex natura actionis ex empto, *l. ſi in venditione, ff. de evictio.* Magnum autem diſcrimen eſt inter caſum evictionis, & caſum rei peremptæ; hunc præſtat regulariter emptor etiam ante traditionem, quia ad eum quoque omne commodum pertinet; illum verò venditor, *l. 1. C. de peric. & com. rei vendita.* Et in hoc ergo verſatur tota Africani quæſtio: vtrum quaſi re evicta, quia emptori publicatum fundum habere non licet, agendum quoque hoc caſu ſit in id quod intereſt: tantùm abeſt vt quærat vel dubitet Africanus, vtrum fundus publicatus pereat emptori, quem conſtat non extingui, vel perimi hac publicatione, ſed applicari publico, vel militibus aſſignari in ſtipendia, aut publicè diſtrahi, vt in *l. 15. §. item ſi fortè, ff. de rei vindic. d. l. Lucius Titius*, & in *l. in agris, ff. de acquir. rer. dom.* Et apud auctores de conditionibus & limitibus agrorum, ex quibus apparet hoc ſæpe vſurpatum, quo de Poëta conqueritur notiſſimo poëmate,

——— *Vndique totis*
Vſque adeo turbamur agris.

Vbi Servius, *turbamur ſine vlla diſcretione, culpa vel meriti*, quod notandum: vt nihil omnino ex hac publicatione imputari poſſit venditori, cujus fundus ex civitatis, ſeu municipii triſti caſu publicatus eſt. Et hoc eſt quod eleganter intelligit Propertius, cùm quodam loco de hac re ait,

Abſtulit excultas pertica triſtis opes.

Rectè triſtis; quia ex belli civilis cauſa hi agri plerumque publicantur, ſine vlla poſſeſſorum culpa. Ideóque optimus Princeps Auguſtus, vt mitiùs agere videretur cum poſſeſſoribus, quorum prædia civili bello publicaverat; nominatim ait ſe, pro

agris militibus assignatis, certam pecuniam numerasse municipiis: in nobilissimo illo antiquitatis monumento, quod nobis conservavit vetus lapis Ancyranus, minùs tamen hoc loco, quod dolendum, integer. AGRIS. QVOS. IN. CONSVLATV. MEO. QVARTO. ET. POSTEA. CONSVLIBVS. MARCO. ET. CN. LENTVLO. AVGVRE. ADSIGNAVI. MILITIBVS. SOLVI. MVNICIPIIS. PA....... ERTIVM. CIRCITER. SEXGENSIM. Hoc igitur tristi & inopinato casu publicato fundo vendito, respondet Africanus venditorem in id teneri tantùm, vt pretium restituat, non id quod interest. Cujus responsi ratio hæc videtur elegans; quia superveniens Principis constitutio, qua agri publicantur, rescindere videtur contractum.

Hunc autem esse effectum novæ legis in Republica supervenientis ex insperata, & inopinata causa, docet elegans species à Labeone tractata in *l. bona fides, ff. de act. empti*; si emptor pretium debere desiisset beneficio legis novarum tabularum, quæ nempe æs alienum debitoribus remittebat, vt ex Salustio, Cæsare, Seneca, Quintiliano, Curio Fortunatiano notissimum est. Hoc enim casu, si sequamur strictam regulam juris, venditor rem tradere tenetur, etiam non oblato pretio, quod beneficio legis emptor non debet: vel re tradita, non poterit venditor rem petere; quia obstat exceptio rei venditæ & traditæ. Sed ne sequatur hæc iniquitas, vt pretium, & rem venditor amittat ex hoc inopinato casu; perinde esse Labeo ait, ac si res neque vendita, neque tradita fuisset. Rem ergo venditor non cogitur tradere; vel rem traditam vindicare potest, hac novâ lege rescisso veluti contractu, & rebus omnibus in integrum restitutis: vel, vt Bartolus ait in *d. lege, liberato vno de contrahentibus ex dispositione legali, alter effectualiter non tenetur.* Et rectissimè Baldus hunc casum, qui ex lege contingit in *d. l. vlt. C. de peric. & commodo rei vendita*, separat, & distinguit ab interitu rei, & speciei; hic enim naturaliter plerumque contingit, & certis juris regulis definitus est; ille verò pendet ex insperato, & inopinato casu, quo plerumque privatorum negotia, & commoda turbantur, & regulæ juris insuper habentur. M. Tullius *pro Roscio, Tum enim propter reipublicæ casum, omnium possessiones erant incertæ.*

In quæstione ergo proposita, quemadmodum in specie *d. l. bona fides*, venditor amitteret rem, & pretium; nisi cum Labeone dicamus, publicam legem supervenientem rescindere omnino contractum. Sic in *d. l. si fundus*, venditor præstare teneretur id quod interest; nisi præceptum publicationis, cujus necessitate venditor amittit fundum, rescinderet contractum, quo casu pretium tantum restituit. Idémque contingit, si necessitate judicii communi dividundo victus in licitatione venditor, amittat partem fundi quem vendiderat, *l. 7. §. vlt. ff. communi divid.* His enim omnibus casibus æquum est damno non mulctari venditorem, & vice versa emptorem pretium non amittere.

Differentia tamen quædam est custodienda inter legem novarum tabularum, & præceptum publicationis: si enim publicatus sit fundus post traditionem, vt in *d. l. Lucius Titius*, contractus non rescinditur; quia, vt ait, futuros casus evictionis venditor non præstat: qui tamen hunc casum quodammodo præstat ante traditionem; quia pretium restituit. Vtrumque optimâ ratione fit; quia hanc injuriam publicationis penes eum manere æquum est, cui facta est, *l. si per imprudentiam, ff. de evictionib. l. exceptione, ff. de fidejussorib.* ante traditionem venditori domino, & possessori injuria fit; post traditionem verò emptori. At contrà ex lege novarum tabularum, etiam post traditionem rescinditur contractus; quia cum damno venditoris

lucrum consequitur emptor, beneficio novæ legis. Vel, vt dicam explicatiùs, publicatio damnum tantùm infligit possessori, nemini verò lucrum defert: lex novarum tabularum ex damno dato venditori, lucrum defert emptori; quod bona fides non patitur, vt Labeo ait: & ideo etiam post traditionem lex novarum tabularum contractum omnino rescindit; cùm hoc nempe efficit, vt ex vendito pretium emptor debere desinat.

Et hæc est forsitan harum omnium legum, quæ ad hanc juris regulam pertinent, non contemnenda interpretatio. Sed ad *d. l. lectos*, hoc addendum est, & hoc eleganter tentari posse, hunc casum imputandum esse venditori; quia præter rationem à me allatam, videtur Ædilis ex officio fregisse lectos venditos: cujus quoque munus fuit impedire, ne quis malas merces venderet. Plautus in *Rudente:*

Quamvis fastidiosus Ædilis est,
Si quæ improbæ sunt merces jactat omnes.

Eodémque jure ex *l. eos, ff. de decurionib.* constat eos, qui vtensilia negotiabantur, ab Ædilibus flagellis cædi solitos.

*4 QVVM AVTEM EMPTIO] Hanc regulam, perfectâ venditione periculum ad emptorem pertinere, quamvis rei dominus non sit, ex summo jure esse docet D. Cujac. *tract. 8. ad Africanum,* & ad *l. 33. si fundus, ff. locati:* quò loci aliud suadere æquitatem, pluribus rationibus nititur probare, & confirmare. Quod tamen temerè non est admittendum, contra manifestam Iustiniani mentem in *hoc* §. præsertim, cùm in præfatione hujus operis profiteatur se tradere in his libris ea, quæ in ipsis rerum obtinent argumentis: id est maximè rata, æquitati consentanea, & vsu recepta; vt pluribus D. Maranus hujus Academiæ quondam Antecessor meritissimus docet, in *Parat. de peric. & commodo rei vendita, ff.*

§. IV. Emptio tam sub conditione[5] quàm purè contrahi potest. Sub conditione, veluti, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

*5 EMPTIO TAM SVB CONDITIONE] Quod dicitur in *hoc* §. emptionem sub hac conditione conceptam vires habere, *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureos tot*; infirmare omnino videtur quod traditur in *l. 7. hac venditio, ff. hoc tit.* & *l. 17. Cod. eodem,* non posse conferri in arbitrium emptoris an sit obstrictus; & ideo nullam esse conditionem sic conceptam, *si volueris, erit tibi emptus.* Sed inter has clausulas maxima est differentia; hæc enim *si volueris*, omnino emptionem confert in arbitrium emptoris, & ideo emptionem infirmat: alia verò non, sed adjectio diei hæc, *si intra certum diem placuerit,* facit vt non tam ipsa obligatio, quàm tempus obligationis collatum videatur in arbitrium emptoris; quod emptionem non infirmat.

§. V. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustrà quis sciens emit, quæ tamen si pro profanis, vel privatis deceptus à venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, vt consequatur, quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.



no arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandáve, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nullâ statim mercede constitutâ, sed posteà tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non propriè locatio & conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

§. II. Præterea sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contrahitur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam tibi vtendam sive fruendam quis dederit, & invicem à te aliam rem vtendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem & conductionem, sed proprium genus esse contractus, veluti si quum vnum bovem quis haberet, & vicinus ejus vnum, placuerit inter eos, vt per denos dies invicem boves commodarent, vt opus facerent, & apud alterum bos periit: neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit gratuitum commodatum, verùm præscriptis verbis agendum est[2].

Ex Vlp. l. 17. §. si vnum de præscript. verb.

*[2] PRÆSCRIPTIS VERBIS AGENDVM EST] Actio præscriptis verbis datur in contractibus innominatis, qui proximè accedunt ad contractus nominatos: à prudentibus composita ad ejus exemplum & similitudinem, quæ ex contractu nominato prodita est, quæ eleganter dicitur ab Harmenopulo actio præscriptarum conventionum; quia ex conventionibus tantùm datur, quæ alio nomine non vocantur, similes tamen sunt civilibus proprium & speciale nomen habentibus. Vt apparet ex specie *hujus* §. in his qui bovem invicem commodarunt: in qua cessante actione commodati, & deficiente actione locati conducti, cùm neque locatio, neque commodatum sit, quod inter eos actum est; recurrendum necessariò ad actionem præscriptis verbis, quæ quod nomine proprio exprimere negotium non potest, id rei gestæ enarratione declarat, citra formulæ solemnitatem vllam, *l. 6. cum mota, Cod. de transactionib.*

§. III. Adeò autem[3] aliquam familiaritatem inter se habere videntur emptio & venditio, item locatio & conductio: vt in quibusdam causis quæri soleat, vtrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio. vt ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, vt quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuíve conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, alióve quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinan-

Ex Paulo l. 1. si ager vectigal. vel emphyt.

tem, sed suis pactionibus fulciendam: & si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus. sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure vtimur.

[1] ADEO AVTEM] Hæc verba Caii esse constat ex *l. 2. ff. hoc tit.* eâdémque formâ idem Caius scripsit in *l. 19. & 20. ff. de action. empti*, veteres in emptione & venditione appellationibus promiscuè vti, *id est & in locatione & conductione*, vt legendum esse docuit D. Cujac. *lib. 9. Obs. cap. 15.* hoc sensu: veteres locationem vocasse venditionem, & in conductione, & locatione promiscuè vti solitos venditionis, & emptionis appellationibus, quod multis auctoritatibus confirmat. Idémque à Græcis observatum reperio, vt nominatim Scholiastes Demosthenis Vlpianus notat in *oratione adversus Timocratem*, conductores vectigalium vocari emptores, quamvis propriè emptores non sint; *Nemo enim*, inquit, *publica vectigalia emere solet:* vt valde notatu dignum sit, quod & D. Cujac. observat, hæc verba Caium scripsisse in edicto Prætoris, de publicanis & redemptoribus vectigalium ex professo agentem.

Meritò autem locationi perpetuæ certorum fundorum, venditionis quoque nomen datum fuit; quia negare non possumus esse meram alienationem, ex qua nominatim fundus locatus acquiri dicitur in *l. 2. §. habere, ff. ne quid in loco publico*, & in *l. in omnibus rebus 55. ff. de oblig. & act.* ex conductione dominium transire dicitur: hi enim duo loci de perpetua locatione accipiendi sunt. Quæ tamen sententia ab omnibus non fuit admissa: quidam enim censebant locationem conductionem esse, non venditionem; vt Iustin. *hoc loco* docet: ideóque, dubitationis tollendæ causâ, plerumque vtrumque addere solebant; quo sensu Hyginus dixit in *lib. de limitib. constituendis: Prædia quæ superfuerant ex assignatione militibus factâ venduntur, locantúrque, ita vt in vectigalibus est consuetudo:* & alio loco, *Vendiderunt*, inquit, *prædia, aut locaverunt:* vt non malè Festus scripsisse videatur, Lacum lucrinum in vectigalibus publicis primum locari emendum, boni ominis gratiâ. Sic enim illum locum legendum esse existimo, vbi vulgò scriptum est, *primus locatur eruendus*, pro *emendus*, sine vllo sensu.

§. IV. Item quæritur si cum artifice Titius convenerit, vt is ex auro suo certi ponderis certæque formæ anulos ei faceret, & acciperet, verbi gratiâ, aureos decem, vtrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videtur? Cassius ait materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quòd si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constitutâ: dubium non est, quin locatio & conductio sit. *Ex Caio l. 2. §. adeo, locat. cond.*

§. V. Conductor omnia secundùm legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo debet præstare. Qui pro vsu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater- *Ex Paulo l. si in lege locati cond.*

familias [4] suis rebus exhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.

[4] DILIGENTISSIMVS PATERFAM.] Hoc ergo casu levissimam culpam præstare tenetur: placet enim valde Martini sententia, harum rerum quæ facilè interverti possunt locationem, separandam esse à locatione fundi, vel ædium.

§. VI. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus [5] eodem jure in conductione succedit.

[5] HERES EIVS.] Rectè excipit Accursius casum *l. si domina, C. de vsufruct.* si locatione constitutus sit vsusfructus; vel, vt interpretes loquuntur, si formalis vsusfructus locatus sit à proprietatis domino, & conductor fructuarius sit: quo casu non solùm formalis vsusfructus locatione, puta, constitutus, & separatus à proprietate, morte fructuarii, ejusdémque conductoris redit ad dominum; sed etiam omnis causa vtendi fruendi, quam heres saltem ex locatione, quæ ad heredem regulariter transire solet, etiam extincto vsufructu sibi vindicare tentabat.

De societate.

CAPVT XXV.

SOCIETATEM coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant: aut vnius alicujus negotiationis [1], veluti mancipiorum emendorum vendendorúmque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique. *Ex Vlp. l. 5. pro socio.*

[1] ALICVIVS NEGOTIATIONIS] Hanc societatem κοινωνίαν τῆς ἐμπορίας vocat Harpocration in *veteri Lexico*, & Theoph. noster. Et ad eam pertinet vexata species *l. cùm societas, ff. hoc tit.* vbi cùm ait, *ad emendum*, supple, vt hoc loco, *& ad vendendum, & lucrum ex negotiatione faciendum*; vt in *epistola D. Iacobi, c. 4. Ibimus in illam civitatem, & faciemus ibi quidem annum, & mercabimur & lucrum faciemus.* Optatus Milevitanus *lib. 4. adversus Parmenianum, Comparasti merces, peregrinatus es, egisti nundinas lucri causa, quod emeras vendidisti.* Addita autem proponitur huic societati mercaturæ, vel negotiationis hæc conventio, vt vnus ex reliquis sociis nundinas, id est epulas, præstaret, eósque à negotio dimitteret; sic enim habet Florentina lectio. Ad quam primò quæritur, quid nundinarum nomine intelligatur? Secundò, quare nundinas epulas esse dicat? Tertiò, quid sit à negotio dimittere socios? quæ omnia si intelligamus, facilior erit aditus ad speciem *d. legis*, de qua non constat inter viros doctos; præstantiss. Cujacio ingenuè profitente, se verum obscuri responsi sensum numquam liquidò assecutum fuisse, *lib. 4. Obs. cap. 17.* Et sane quod tentat de actione ex vendito danda, non reliquis sociis adversus socium, sed iis qui merces sociis, vt ait, vendiderunt, stare non potest: quia plusquam manifestum est ex verbis Vlpiani, de nundinis adversus socium, & actione pro socio, & actione ex vendito socios agere posse. Quia ergo quæstio est longè difficilis, in re dubia sententiam meam proferam suspensâ manu.

Nundinas hoc loco esse existimo, certam pecuniæ præstationem in venditionibus à mercatoribus præstari solitam; nam vt ex parte venditoris mantissæ nomine præstitum fuisse aliquid præter mercem venditam, tamquam addiramentum quoddam, ex notissimo Festi loco, & doctissimis Scaligeri notis intelligimus: ita quoque nundinarum nomine, præter pretium conventum, aliquid venditori emptor dare solebat. Ad quem morem respicere videtur Plinius *lib. 29. cap. 1.* magni operis, Medicorum qui, vt eleganter ait, animas nostras negotiantur, inauditam avaritiam subsannans. *Ne avaritiam quidem*, inquit, *arguam, rapacésque nundinas pendentibus fatis, dolorum indicaturam, ac mortis arram.* Vbi quis non videt tria notari in venditionibus plerumque vsurpata? nundinas, id est pecuniam quæ præstatur nundinarum nomine; pretium, & arræ dationem: indicaturam enim pretium esse, vel pretii conventionem illo Plinii loco certissimum est, vt apud Plautum,

Tua merx est, tua est indicatio.

De his autem nundinis elegans est, & insignis hic Sidonii Apollinaris locus *epist. 7. lib. 5. Hi sunt, qui invident tunicatis otia, stipendia paludatis, viatica veredariis, mercatoribus nundinas, munuscula legatis, portoria quadruplatoribus.* & nominatim venditores has nundinas accepisse colligo ex his D. Ambrosii verbis *lib. 9. in Evangelium D. Lucæ, cap. 19. Venditores quoque*, inquit, *ovium & boum eos puto, qui de labore alieno, vel simplicitate, fœdi auctionatores quasdam nundinas aucupantur.* ex quibus forsitan intelligemus, quid nundinarum nomine in hac lege intelligatur.

Sed negotium meritò facessit quod sequitur, has nundinas dictas fuisse epulas, quod sic expedio. In nundinis, & solemnibus conventibus, ad communes epulas veteres convenire solebant, vt Aristides nominatim ait in *Isthmico*. Fuerunt ergo initio epulæ veræ; & hoc nomen vulgò inter mercatores retinebant eâdem formâ, quâ sportulas hodie dicimus præstationes pecuniæ, quæ judicibus, & exactoribus dantur: quarum origo prima fuit ex cœna in panariolos vel sporrellas conjecta, vt fideliter D. Cujac. docuit in *Paratit. C. tit. de sportulis.* Et hodie in idiotismo nostro dicimus, *les épices*, quæ olim fuerint species certæ, pro xeniis, & munusculis judicibus datæ. Et ita Plinius *lib. 10. epist.* Decuriones pro introitu solitos cœnam solvere, vel loco cœnæ pecuniam certam, *Solent*, inquit, *totam bulen vocare, vel duos denarios singulis dare.* Quod & nominatim in venditionibus ex vetusto Hispanorum jure vsurpatum fuisse, scribit vetus legum Hispanarum interpres, apud Hieronymum Blancam in *lib. rerum Arragonensium: In venditionibus*, inquit, *antiquum jus erat, vt emptor in signum adeptæ possessionis prandium aliquod venditori præberet, vel depactam pro eo pecuniæ quantitatem.* Quod cum aliis multis, ex veteribus Romanorum moribus Hispanos observasse non dubito; ideoque Vlpianum dixisse nundinas communi & trito mercatorum vocabulo epulas dictas fuisse.

Has autem cùm vnus ex sociis, reliquis præstare teneatur ex conventione, dico harum nundinarum præstationem argumentum esse contractæ præter societatem inter socios venditionis; vt de arris scriptum est, in §. 1. *suprà, de emptione & vendit.* & in *l. quod sæpe, ff. eod. tit.* & socium nundinas præstare tamquam emptorem, reliquis sociis tamquam venditoribus: quod haurio ex præcedentibus verbis, *Eósque à negotio dimitteret*, id est solus hanc negotiationem tractaret, & exerceret, & ab ea socios dimitteret; datâ tamen certâ pecuniæ quantitate veluti pro pretio partium, quas reliqui socii in societate habent: & præterea, vt fieri assolet, nundinarum, vel epularum nomine aliquid præstare teneretur. Quo conventionis genere non solùm societas, sed etiam venditio contracta intelligitur; vt man-

datum, & venditio, in *l. qui negotia*, §. 1. *ff. mandati*: locatio, & venditio, ex sententia Cassii in §. *item quæritur*, *suprà*, *tit. prox.* nec enim novum est duplicem in eodem negotio intervenire contractum. Ideóque hoc casu cùm socius has nundinas solvere detrectaret, respondet Vlp. adversus eum, & pro socio, quia negotium à societate cœpit; & ex conventione addita societati, qua partes suas huic socio reliqui vendidisse videntur, ex vendito agi posse. Iisdémque actionibus socii petere possunt pecuniam, quam pro pretio partium, quas in societate habent, diximus esse præstandam; de qua nulla erat dubitatio, socio hac in parte bonam fidem admittente, sed de nundinarum extraordinaria præstatione negotium faciente. Nec malè ex his verbis, *Eosque à negotio dimitteret*, colligo socium solum in negotio remansisse, eumdémque certo pretio comparasse partes, quas in societate reliqui socii habent; cùm eos dimittere teneatur, datâ, vt dixi, certâ pecuniæ quantitate: quod eâdem formâ eleganter dictum videtur, quâ passim in his libris legimus dimitti debitores à creditoribus, solutâ debitâ pecuniâ.

§. I. Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quòd si expressæ fuerint partes: hæ servari debent. Nec enim vnquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, vt ad vnum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant: ad alium tertia.

§. II. De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Seius inter se pacti sunt, vt ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam [1] societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, cujus sententia prævaluit, contrà sensit: quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, vt eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur, vt alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeò contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, vt illud quoque constiterit posse convenire, vt quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter fieri existimavit. Quod tamen ita intellegi oportet, vt si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit: compensatione factâ, solum quod superest, intellegatur lucri esse. *Ex Paulo l. mutuis 30. pro socio.*

*[1] QVINTVS MVCIVS CONTRA NATVRAM] Maximè observanda est hæc ratio: regulariter enim pactiones contra naturam contractus nullius sunt momenti; quâ ratione docuit suprà Iustin. in §. *pœna autem, de legatis*, legatum pœnæ nomine relictum non habuisse vires; quia hoc erat contra naturam legati, vt pœna honori inesset, vt docet Theophilus, *d. loco*: legata enim amore, & benevolentiâ legatarii potiùs, quàm odio heredis, & illius coërcendi gratiâ relinqui

debent. Eadem de causa infirmabatur pactum precario appositum, ne liceret ante certum tempus revocare, *l.* 11. *cum precario, ff. de precario:* & pactum ne liceret pignus distrahere, *l.* 7. *si creditor*, §. *ult. ff. de distract. pign.* In societate tamen hæc ratio non est recepta, & prævaluit contraria Servii Sulpitii ratio; quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, vt eos justum sit conditione meliore in societatem admitti.

§. III. Illud expeditum est, si in vna causa pars fuerit expressa: veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera verò omissa: in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.

§. IV. Manet autem societas eo vsque donec in eodem consensu perseveraverint. At quum aliquis renunciaverit societati [3], solvitur societas. Sed planè si quis callidè in hoc renunciaverit societati, vt obveniens aliquod lucrum solus habeat: veluti si totorum bonorum socius, quum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, vt hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei verò cui renunciatum est, quidquid omnino post renunciatam societatem adquiritur, soli conceditur.

[3] CVM ALIQVIS RENVNCIAVERIT SOCIETATI] Renuntiatione solvitur societas, *l.* 4. § 1. *ff. hoc tit.* si tempestivè fiat, sine vlla calliditate, & fraude; tædio, puta, damnosæ, vel injuriosæ societatis; vel ex alia justa causa, vt in *l.* 14. 15. 16. *ff. hoc tit.* Sic enim veteres more majorum solemniter amicitiæ renuntiare solebant, vt ex Suetonio in *Caligula*, & ex Corn. Tacito *lib.* 2. *Annal.* notissimum est. Omnis autem societas ex amicitia originem sumpsit, & jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum est, ff. hoc tit.* idem fere de mandato dicitur, *l. vlt.* §. *vlt. ff. mandati*, cui renuntiare tempestivè quoque licet, *l. si mandavero*, §. *vlt. l.* 27. §. *qui mandatum, ff. eod. tit.*

§. V. Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit. sed & si consensu plurium societas contracta sit: morte vnius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coëunda societate aliter convenerit [4]. *Ex Paulo. actione 65. §. morte. pro socio.*

[4] NISI IN COEVNDA SOCIETATE ALITER CONVENERIT] Vt faciliùs intelligamus ea, quæ à glossa hoc loco notantur de societate vectigalium, ex *l. adeo*, & *l. verum*, §. *in heredem, ff. hoc tit.* quarum sententia veteribus interpretibus incognita fuit: Videndus Cujac. *lib.* 10. *Obs. cap.* 25. iis tamen quæ à viro magno adnotata sunt, hoc addendum esse existimo; in hoc potissimùm versari differentiam inter publicam societatem vectigalium, & privatam; vt hæc omnino morte socii solvatur, & extinguatur, nec ad heredem transire possit: si enim novus consensus adhibeatur, vt in *l. planè* 17. *ff. hoc tit.* priori extinctâ, nova incipit societas, vt loquitur §. *item si quis, hoc tit.* Illa verò manet & post mortem, & si adscitus fuerit heres defuncti, socius est sine vllo novo consensu; quia & invitus cogi potest. Si verò non fuerit adscitus, socius quidem non est; sed tamen inter superstites manet societas vectigalium, & emolumentum societatis ad heredem pertinet. Quod non similiter

in voluntaria societate observari ait *d. §. in heredem:* quamvis enim emolumenrum ad illum pertineat, & commune sit, quod ex re communi postea quæsitum est, vt in principio *d. §.* & in *l. actione, §. 2. & §. morte, ff. eod. tit.* solvitur tamen societas privata inter superstites, ideóque rectè voluntaria dicitur, quia nihil post mortem necessitatis habet.

Societas verò publica necessaria est, quia remanet inter superstites etiam invitos; & quia invito heredi adscribi potest pars defuncti: quæ videtur perspicua sententia *d. l. adeo*, vt quod ait, *Sed ita demum, &c.* sic exaudiamus; vt ita demum manente societate heres socius sit, si nominatim pars defuncti ad personam ejus adscripta sit, *vt heredi quoque*, inquit, *conferri oporteat*; id est, vt in heredem transferri oporreat partem illam societatis, quam defunctus administrabat, vt in *l. locatio, §. socii, ff. de publican. vectigal. & commiss.* Est enim τὸ *oporteat*, illo loco verbum personale, quod frequentissimum fuisse apud veteres Priscianus auctoritate Cæcilii confirmat: & verbum hoc importare necessitatem nemo est qui nesciat, *l. 3. §. eos, ff. de muneribus & honorib. l. 39. §. vlt. ff. de procurat.*

Hoc tamen ipsum Pomponius ait in *d. l. adeo*, ex causa esse æstimandum, vtrum æquum sit retinere societatem, & adscribere partem defuncti heredi. Quamvis enim hoc casu etiam post mortem maneat societas, nec ipso jure solvatur; solvi tamen porest ex justa causa, quæ æstimanda erit arbitrio judicis. Si nulla autem justa causa sit ex qua societas solvi possit, si commodè à superstitibus societas tractari potest, manet omnino societas; & tunc, si hoc æquum videatur, adscribitur portio defuncti, & socius est heres ejusdem societatis, perinde ac si persona mutata non fuisset: vel non adscribitur portio, & heres socius non est; emolumentum tamen omne societatis, quam superstites tractant, ad eum pro portione pertinet. Hoc enim ita necessariò fuit constituendum in necessaria societate, quæ morte non solvitur; nec manere potest nisi inter superstites: nisi fortè, vt hoc loco Iustin. ait, hoc initio in coëunda societate nominatim conventum sit; vt hæc sit duplex differentia inter publicam, & privatam societatem. Hæc enim non manet post mortem vnius inter superstites, nisi nominatim hoc initio conventum sit: illa verò manet sine expressa vlla conventione. Hæc etiam adscito herede defuncti morte solvitur; nova enim incipit societas, nec cogitur invitus suscipere societatem morte extinctam: illa verò morte socii adeò non solvitur, vt ex placito sociorum heres defuncti cogi possit eamdem partem suscipere, quam defunctus tractabat; & vice versa heres socios cogere possit, nisi justa quædam causa subsit, quæ contrarium suadeat.

Erobserva interim diligenter quod ait *d. §. in heredem*, commune esse omne emolumentum societatis: observa, inquam, quod ait *societatis*, quæ nempe manet inter superstites; ad differentiam privatæ societatis, quæ post mortem omnino solvitur: in hac enim non emolumentum societatis, quæ post mortem manere non potest; sed emolumentum, quod ex re communi postea fortè quæsitum est, commune esse dicitur *d. l. actione, §. morte.* Ex quibus omnibus, ni fallor, intelligimus quare Vlp. dixerit, in *d. §. heredem, Quod non similiter in voluntaria societate observatur:* quibus verbis non videtur designare jus, quod ex variis sociorum conventionibus in contrahenda societate variè immutari potest, vt D. Cujac. voluit; sed potiùs significare jus certum, quod semper & vbique in voluntaria, id est privata societate observatur; & omnino differt à jure, quod in publica & necessaria, ratione & contemplatione publicæ vtilitatis receptum est.

§. VI. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas. *Ex d. l. 65. §. morte, pro socio.*

§. VII. Publicatione quoque distrahi societatem, manifestum est: scilicet si vniversa bona socii publicentur. nam quum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur. *Ex d. l. 65. §. publicatione. pro socio.*

§. VIII. Item si quis ex sociis[5] mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica aut privata debita, substantia ejus væneat, solvitur societas: sed hoc casu[6] si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

*[5] ITEM SI QVIS EX SOCIIS] Qui bonis cessit, potest novam inire societatem; is enim pro mortuo non habetur, sicut ille qui maximam, aut mediam capitis diminutionem passus est. Imò infamiam bonorum distractionis evitat post legem Iuliam, quæ flebile, & miserabile cessionis beneficium introduxit, vt loquitur *l. 7. & l. 8. Cod. qui bonis cedere possunt:* & potest ad pinguiorem fortunam pervenire qui cessit, *§. vlt. infrà de actionib.*

*[6] SED HOC CASV] Hæc verba, si Accursio fides, addita sunt propter publicationem, de qua in *præcedenti* §. post quam ne earum quidem rerum, quas pòst habuerit, heredem habere potest qui eam passus est, cùm omnia publicentur, *l. 2. deportati, Cod. de bonis proscript.* Cui tamen sententiæ videtur repugnare omnino, quod est in *l. 22. §. is cujus bona, ff. mandati,* bonis publicatis, quidquid postea acquiritur non sequi fiscum. Quam pugnam vt sedare possit D. Cujacius in *recitationibus suis,* ad *l. 32. Pauli ad edictum,* asserit in *d. §.* non agi de deportato; sed de confiscato, integro, id est salvo statu, salvâ libertate, & civitate, sine capitis diminutione: veluti relegato in insulam, qui testamenti factionem retinet, sicut reliqua jura, *l. 7. cùm ratio, §. vlt. ff. de bonis damnat.* & ideo quæ post condemnationem acquirit, fiscum non sequuntur. Sed observandum est, & de deportato posse intelligi, si constituamus differentiam inter bona quæ deportatus habuit tempore sententiæ, & quæ postea acquisivit: nam omnia quæ habet sententiæ tempore, fisco acquiruntur; at omnia quæ postea acquirit fiscum non sequuntur: cùm enim retineat is libertatem naturalem, & ea quæ juris gentium sunt; potest emere & vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & cetera similia, & postea quæsita pignori dare; modò in fraudem fisci non faciat, qui ei mortuo successurus est, *l. 15. deportatus, ff. de interdict. & relegat.* quæ vna est ex restitutis à D. Cujacio sub *illo tit.* Ex quibus sequitur, omnia pòst quæsita non acquiri fisco, cùm ab eo alienata non sequantur fiscum; sed ea tantùm quæ habet tempore mortis, quæ sine dubio publicantur, id est fisco acquiruntur post illius mortem, vt est in *l. 1. Cod. de bonis proscrip.* Et cùm permissum sit ei dum vivit contractus juris gentium celebrare, consequenter & societatem posse contrahere dicendum videtur, contra id quod existimavit Accursius.

§. IX. Socius socio[7] vtrum eo nomine tantùm teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ, atque negligentiæ nomine quæsitum est. prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam dili- *Ex Vlp. l. 52. §. vlt. & Caio l. 72. pro socio.*

gentiam.

gentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parùm diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet.

*7 SOCIVS SOCIO] Duplex est societas, contracta, & fortuita, cùm scilicet non eligimus, sed casu incidimus in socium; ex qua datur actio non pro socio, sed familiæ ercifcundæ, aut communi dividundo. In contractu de quo agitur in *hoc titulo*, dubitatum fuit an socius socio teneretur culpæ nomine? nam quidam existimabant dolum tantùm venire, aut latam culpam quæ dolo comparatur, vt in deposito, quia videbatur par ratio: sibi enim debebat imputare qui parum diligentem socium sibi asciviſſet, quemadmodum sibi imputat, qui parum diligenti amico rem custodiendam tradit, quod innuit Paulus in *l. 25. heredes, §. non tantum, ff. famil. ercisc.* At contraria sententia Celsi prævaluit, vt apparet ex *hoc* §. in re enim propria potest quis esse negligens, in aliena non potest: res autem communis pro parte aliena est, ideóque in ea custodienda debet adhibere eam diligentiam, quam diligens paterfamilias solet adhibere; culpa enim levis est, si quis non facit quod à diligenti patrefam. fieri potest, *l. 31. si putator, ff. ad l. Aquil.* & *l. 22. si pignore, §. vlt. ff. de pignerat. act.*

De mandato.

CAPVT XXVI.

MANDATVM contrahitur quinque modis, sive suâ tantùm gratiâ aliquis tibi mandet, sive suâ & tuâ, sive alienâ tantùm, sive suâ & alienâ, sive tuâ & alienâ. At si tuâ tantùm gratiâ mandatum sit, supervacuum est, & ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur. *Ex Caio l. 2. mandati.*

§. I. Mandantis tantùm gratiâ intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, vt negotia ejus gereres, vel vt fundum ei emeres, vel vt pro eo sponderes. *Ex d. l. 2. mandati.*

§. II. Tua & mandantis: veluti si mandet tibi vt pecuniam sub vsuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur. aut si volente te agere cum eo [1] ex fidejussoria causa, tibi mandet, vt cum reo agas periculo mandantis: vel vt ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat. *Ex d. l. 2. mandati.*

[1] AVT SI VOLENTE TE AGERE CVM EO] Iure quod obtinuit ante *Nov. 4.* liberum erat creditori agere, vel adversus reum principalem, vel adversus fidejussorem; sed electione vnius, alterius obligatio consumebatur: quod jus quoque sublatum fuit à Iustiniano, *l. generaliter, C. de fidejussorib.* In hoc ergo casu, secundùm jus antiquum, suum negotium gerit creditor; quia ex mandato redire potest ad fidejussorem, si solidum à debitore consequutus non sit: & rursus negotium gerit fidejussoris, ex cujus mandato agit cum reo principali; quia ita præsentis litis mole-

AA a

stia liberatur fidejussor. Idémque contingit in casu sequenti, si à debitore debitoris stipulatus sit creditor periculo debitoris. Hos autem duos casus tractat Paulus in *l. si mandavero*, §. *interdum*, & *l. si mandatu*, §. *vlt. ff. hoc tit.* vbi plusquam manifestum est malè Florentinos habere, *quamvis id mandatum ad rem tuam pertineat.* Ceterum quod in priori casu Theoph. fingit, sine pignore fidejussionem factam esse; mandatum verò cum pignore intervenisse, vt aliquid emolumenti sit in mandato: non malè excogitatum videtur propter jus novum, quod, vt dixi, Iustin. induxit: quia hodie & sine hoc mandato ad fidejussorem redire potest creditor; olim sine mandato non potuit: & in hoc versabatur vtilitas mandatarii creditoris, quod eruditissimè D. Cujac. observavit *lib. 23. Obs. cap. 25.*

*[1] AVT SI VOLENTE TE AGERE] Qua ratione verfetur illius qui mandatum suscipit vtilitas, non satis constat. Theophilus jus quo hodie vtimur respiciens, cùm nullam illius vtilitatem videret, comminiscitur sine pignore fidejussionem factam fuisse, & mandatum cum pignore intervenisse; vt aliquod emolumentum sit in mandato: qua tamen de re nullum in textu verbum, neque in *l. 22. §. interdum*, & *l. 45. §. vlt. ff. hoc tit.* ex quibus desumpta est hæc species. Sed vtilitas ex jure antiquo repetenda; nam, vt docet Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 17.* electo reo principali fidejussor liberabatur. Quod emendavit Iustinianus in *l. vlt. Cod. de fidejussor.* nec ampliùs poterat à creditore conveniri pristinâ actione; qui tamen actione mandati poterat pulsari, cùm creditori mandaverat, vt suo periculo adversus principalem reum experiretur: in quo versari vtilitatem ejus qui mandatum suscepit, nemo non videt. Quod & similiter in specie quæ sequitur obtinet, vide Cujac. *lib. 23. Obs. cap. 25.*

§. III. Alienâ autem causâ [2] intervenit mandatum: veluti si tibi mandet vt Titii negotia gereres, vel vt Titio fundum emeres, vel vt pro Titio sponderes. *Ex d. l. 2. mandati.*

[2] ALIENA AVTEM CAVSA] Sed tunc, vt suprà docui in *tit. de fidejussorib.* non fuit data actio in heredem: & hoc forsitan casu, *lib. 2. ad Herennium*, Sex. Iul. Prætor vrbanus adversus heredem mandati judicium non reddidisse dicitur: M. verò Drusus reddidisse, ceteris puta casibus, quibus mandantis quoque interest.

§. IV. Suâ & alienâ, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet: vel vt sibi & Titio fundum emeres, vel vt pro eo & Titio sponderes. *Ex d. l. 2. mandati.*

§. V. Tuâ & alienâ: veluti si tibi mandet vt Titio sub vsuris crederes: quòd si vt sine vsuris crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum. *Ex d. l. 2. mandati.*

§. VI. Tuâ gratiâ intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, vt pecunias tuas in emptiones potiùs prædiorum colloces, quàm feneres: vel ex diverso vt feneres potiùs quàm in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium, quàm mandatum est, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur: quum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te *Ex d. l. 2. mandati.*

habentem hortatus fuerit aliquis vt rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat tibi eam emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, vt quæsitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi, vt pecuniam Titio fenerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset.

§. VII. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. licèt enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen vllam habes adversus Titium actionem. *Ex Vlp. l. 6. §. rei turpis, mandati.*

§. VIII. Is, qui exequitur mandatum[3], non debet excedere finem mandati. vt ecce si quis vsque ad centum aureos mandaverit tibi vt fundum emeres, vel vt pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioquin non habebis cum eo mandati actionem. adeò quidem vt Sabino & Cassio placuerit, etiamsi vsque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores rectè vsque ad centum aureos te acturum existimant. quæ sententia sanè benignior est: Quòd si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem: quoniam qui mandat, vt sibi centum aureorum fundus emeretur, is vtique mandasse intellegitur, vt minoris si possit emeretur. *Ex Paul. l. 5. mandati.* *Ex l. sed Proculus, mandati.*

* [3] IS QVI EXEQVITVR MANDATVM] Magna fuit inter veteres Iurisconsultos, Proculeianos, & Sabinianos, controversia, an mandati actio procuratori qui fines mandati excessisset dari posset: Sabiniani enim asserebant denegandam omnino actionem ei etiam, qui illud, quod mandatum excederet, remittere paratus esset: quam sententiam sine dubio, hac gravi & mascula ratione confirmabant. In hoc contractu, cùm bonæ fidei sit, par atque æqualis esse debet contrahentium conditio: neque debet pendere ex arbitrio vnius an detur actio, nec ne; quia nihil est inæqualius, quàm te invitum teneri. At si procuratori parato remittere quod excedit, detur actio adversus dominum qui mandavit, vt quod in mandato continetur exigat: ex arbitrio ejus & voluntate pendebit, an ex hoc mandato detur actio, an autem denegetur. Sicut contrà, si domino qui mandavit ratum habente illud quod à procuratore, qui excessit mandatum, factum est, detur ei actio mandati, vt rem pluris emptam, verbi gratiâ, recipiat; eadem emergit iniquitas: sequitur enim procuratorem invitum teneri, si dominus ratum habeat; dominum autem volentem tantùm, quo nihil est inæqualius. Ideóque actionem mandati omnino denegandam asserebant, *l. 3. præterea, §. quod si precium, ff. hoc tit.* ne contra æquitatem & juris rationem hoc contingeret. Contraria tamen Proculeianorum sententia, quæ humanitate & benevolentiâ solâ sustinetur non merâ juris ratione, obtinuit, *l. 4. sed Proculus, ff. hoc tit.* scilicet vt procurator agere possit, cùm remittit id quod excedit, & illud tantùm quod in mandato continetur petit: quia eatenus id

fecit quod mandatum, neque mandati fines excessisse dici potest, *l. 33. rogatus, ff. eod.* Quod similiter eâdem æquitate suadente receptum est in eo qui mandavit, cùm ratum habet quod factum, & quod excedit præstare paratus est; nam etiam invito altero actionem habet: qua ratione æqualitas inter contrahentes servatur, neque ex arbitrio vnius pendet an detur actio; sed vtrique vltro citróque agere licet, vt docet Cujac. *lib. 12. Obs. cap. 34.*

§. IX. Rectè quoque mandatum[4] contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit. *Ex l. si vero, § si manda- vero, mand.*

[4] RECTE QVOQVE MANDATVM] Potest re integrâ revocari mandatum; cùm enim ex amicitia & officio originem trahat, *l. 1. §. vlt. ff. hoc tit.* & apud M. Tullium in *Oratione pro Roscio Amerino*, qui mandatum violat, amicitiam violat: amicus qui ex revocatione mandati nullum damnum sentit, de mutatione voluntatis queri non potest. Eâdémque ratione, licet mandatario mutatâ voluntate renuntiare mandato ex justa causa, *§. mandatum, infrà, hoc tit. l. 22. §. vlt. ff. eod.*

§. X. Item si adhuc[5] integro mandato, mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum[6]. Sed vtilitatis causâ receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse exequutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioquin justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferat. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: quum alioquin strictâ juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent quàm cui solvere debuerint.

[5] ITEM SI ADHVC] Hæc definitio, mandatum morte solvi, locum habet in simplici mandato, quod non pendet ex causa præcedente. Verbi gratiâ, ad agendam, aut defendendam causam meam procuratorem institui Sempronium; re integrâ, id est re nondum in judicium deductâ, & lite nondum contestatâ mortuus sum, extinctum est mandatum. Non idem est si post litis contestationem id contigerit; quia tunc procurator dominus litis factus est, *l. 23. nulla, Cod. de procuratorib.* Meminit illius constitutionis Symmachus, *lib. 10. ep. 32.* his verbis, *Successit aliud, vt obitu Marcianæ clarissimæ feminæ mandatum diceretur extinctum: sed contrà venerabilis Iuliani sanctio stare procuratorum jussit officia, causarum dominis viventibus inchoata.* At cùm mandatum in rem ipsius mandatarii factum est, & pendet ex præcedenti causa; emptione, puta, nominis donatione in dotem, vel in solutum datione, *l. 1. & 2. Cod. de obl. & action. l. 33. illam, Cod. de donation. l. 18. ex legato, Cod. de legat.* id est cùm procurator in rem suam constitutus est: quia morte non extinguitur causa ex qua mandatum pendet, non potest quoque extingui mandatum, *l. 9. Cod. de procurator.*

[6] SOLVITVR MANDATVM] Aliud esse dicendum, si in rem ipsius mandatarii mandatum factum sit, puta vendito nomine, D. Cujac. rectè notat *hoc loco*, ex *l. 1. C. de oblig. & act.* In cujus specie, quæ vulgò existimatur difficilis, pecuniâ solutâ à Valeria creditori, qui in vicem debiti actionem adversus debitorem, pro quo nempe pecunia soluta est, mandavit Valeriæ; adversus debitorem ex mandato creditoris directam actionem habet, quam nomine creditoris adversus debitorem exercere potest. Habet & vtilem suo nomine; est enim contracta inter creditorem

& Valeriam nominis venditio, & pecunia veluti pro pretio soluta videtur, *l. Modestinus 76. ff. de solutionib. l. cùm possessor, ff. de censib.* quo casu ex Imperatorum rescriptis constat dari vtilem, vt & nomine in dotem dato, donato, legato, vel dato in solutum, *l. 2. C. de oblig. & action. l. cùm de bonis; C. de donationib. l. ex legato, C. de legatis, l. vlt. C. quando fiscus vel privatus debitores debit.* &c. Sed in specie *d. l. 1.* ante litis contestationem mortuo creditore sine herede, non potest Valeria agere directâ; quia directa pendet ex persona alterius, quæ hodie nulla est mortuo creditore qui heredem non habet: Valeriæ ergo hoc casu datur tantùm vtilis actio, & hanc solam exercere potest. Si heredem haberet creditor, ageret Valeria directâ, quamvis lite non contestatâ mortuus sit creditor, qui directam mandavit: nec hoc casu re integrâ solvitur mandatum; hæc enim regula locum habet in simplici mandato, quod non pendet ex causa præcedenti, procuratore puta constituto in rem alienam, *l. nulla, C. de procuratorib.* At cùm mandatum pendet ex præcedenti causa, ex emptione puta nominis, donatione in dotem, vel in solutum datione, id est cùm procurator in rem suam constitutus est: quia morte non extinguitur causa ex qua mandatum pendet, non potest quoque extingui mandatum. Quam differentiam bellissimè demonstrat *l. 9. C. de procurator.* vide Cujac. *lib. 2. Obs. cap. 31.*

§. XI. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renunciandum, vt per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renunciatur, vt integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercessit, aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi. *Ex l. 22. §. vlt. & l. 27. §. qui mandatum, mandati.*

§. XII. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest. *Ex l. 1. §. item mandatum, ff. mandati.*

§. XIII. In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit[7], in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constitutâ, incipit locatio & conductio esse. Et vt generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium: iis casibus interveniente mercede, locatio & conductio contrahi intellegitur. Et ideo si fulloni polienda curandáve vestimenta dederit, aut sarcinatori sarcienda, nullâ mercede constitutâ neque promissâ, mandati competit actio.

[7] NISI GRATUITUM SIT] Admittit tamen remunerandi gratiâ honorem, vt loquitur *l. 7. ff. hoc tit.* eâdémque formâ M. Tull. *in oratione pro Sexto Roscio Amerino. Si nihil aliud fecerunt, nonne satis fuit his gratias agi; denique vt perliberaliter ageretur, aliquid honoris haberi?* Quo casu ex negotio gesto erit quidem vltro citróque mandati actio; sed honorarium, vel salarium nudâ pollicitatione constitutum, extra ordinem apud Magistratum petitur, *l. 1. C. hoc tit.* Si verò constitutum, vel promissum salarium non sit, nihil petere potest procurator. Aliud esse in advocato D. Cujac. docet ad Papin. *lib. 3. responsorum*, in *l. qui mutuam, §. vlt. ff. hoc tit.* hic enim, inquit, petere potest salarium, quamvis constitutum non sit, *l. 1. §. in honorariis, ff. de variis & extraordin. cognit.* & quia, vt ex hoc loco constat, gra-

tuitum est procuratoris, vel amici officium; advocati verò venale. D. Augustinus *epist.* 54. ***Sed non ideo debet judex vendere justum judicium, aut testis verum testimonium, quia vendit advocatus justum patrocinium, & jurisperitus verum consilium.*** Sed aliud suadere videtur dignitas advocati, qua de re plura aliàs favente Deo scribemus.

De obligationibus quasi ex contractu.

CAPVT XXVII.

POST genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ non propriè quidem ex contractu nasci intelleguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

INCIPIT ab hoc titulo tractate de obligationibus, quas Caius in *l.* 1. *ff. de oblig. & action.* nasci ait proprio quodam jure, ex variis causarum figuris; quia neque ex contractu propriè sunt, neque ex maleficio. Vt in hac specie; Titius gessit negotia Sempronii absentis: si mandatum intervenerit, vel si rogaverit Titius præsens, vel mandaverit absens; sic enim accipienda esse videtur *l. si negotium, C. de negotiis gestis*; vt in veteri inscriptione, ***Nec jussa testamento, nec voce rogata; sed pia pro meritis sponte sua posuit.*** Si Titius, inquam, mandato interveniente gesserit negotia Sempronii, ex contractu nascitur obligatio, vt in *tit. præcedenti.* Si verò sponte sua sine mandato; receptum quidem est à prudentibus, vt rectè Accursius notat in *l.* 5. *ff. de oblig. & act.* & hoc loco in verbo, ***placuit***, vltro citróque nasci obligationem, & competere actiones quæ dicuntur negotiorum gestorum. Sed plusquam manifestum est obligationem non nasci vel ex contractu, vel ex maleficio; nullus enim contractus est, quia nihil conventum fuit inter Titium & Sempronium: nullum quoque est maleficium ejus qui gessit amici absentis negotium; & multò minùs ex parte absentis, & ignorantis. Sed placuit eos invicem obligari proprio quodam jure ex negotio, quod neque contractus est, neque maleficium: idque vtilitas summa extorsit, propter longas, & inopinatas civium Rom. peregrinationes. Eadémque ratione inductum fuit jus codicillorum, & fideicommissorum, vt habuimus suprà in *tit. de Codicillis.*

§. I. Igitur quum quis absentis negotia gesserit, vltrò citróque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori, contraria. quas ex nullo contractu propriè nasci, manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato[1] quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit. ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur[2]. Idque vtilitatis causâ receptum est, ne absentium, qui subitâ festinatione coacti, nulli demandatâ negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negotia: quæ

Ex Caio l. 4. §. si quis absentis, de oblig. & act.

sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui vtiliter gesserit[3] negotia, habet obligatum dominum negotiorum: ita & contrà iste quoque tenetur vt administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam[4] compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret: si modò alius diligentior commodiùs administraturus esset negoria.

[1] SI SINE MANDATO] Et ita actio negotiorum gestorum passim dari dicitur deficiente actione mandati, *l. 5. l. at quin, §. si libero, l. si liber homo, ff. de negot. gestis, l. 6. & l. quamquam, ff. ad senatusconsultum Velleian.* Nec inter easdem personas admittere debemus harum actionum concursum, vt vel ex contractu agatur, vel quasi ex contractu; quamvis possint vni competere adversus diversos, *l. si mandatum, C. de negot. gest.* Et cave ne te decipiat quod D. Cujacius scripsit in *l. semper 60. ff. de reg. jur.* quæ vult eum, qui ratum habuit quod gestum est, obstringi mandati actione; & tamen idem teneri dicitur actione negotiorum gestorum in *l. si pupilli, §. item quæritur, & §. seq. ff. de negot. gest. l. 3. C. de contrah. stipulat. Ergo,* inquit vir magnus, *vtraque actio de eadem re competere potest; nec debemus ad ariolationes Accursii, & Bulgari recurrere.* In qua tamen sententia Cujac. non permansit, vt observare licet ex recitationibus ad Iulianum in *d. l. si pupilli.* Agnovit enim verissimam hanc distinctionem, inspiciendum esse animum ejus qui ratum habuit; an habuerit animum constituendi & contrahendi mandati; an verò negotii gesti faciendi sui, quod nempe initio suum non erat; vel quod suum erat, sed initio gestum malè, vt in *l. 9. ff. de negot. gest.* Primo casu dicimus competere actionem mandati, vt in specie *d. l. 60.* quam observa esse ex libris disputationum Vlp. vt intelligas hoc tandem obtinuisse, generaliter dari actionem mandati adversus eum, pro quo quis fidejussit: non solùm si id patiatur reus præsens, sed etiam si cùm absens sit, id deinde ratum habeat. Et inter plures solutiones, quas suppeditat diligentia Accursii, hæc supereminet: *Dic,* inquit, *hoc speciale esse in fidejussore, vt ratihabitio mandati actionem inducat.* Secundo verò casu competit negotiorum gestorum actio, vt in *d. l. si pupilli*; quia ratihabitio facit negotium suum, quod initio suum non erat.

[2] ETIAM IGNORANTES OBLIGANTVR] Obligationes non nisi inter consentientes fieri dicuntur, *l. 1. ff. de pactis, l. 32. si me & filium, ff. de reb. creditis,* & ideo poterat dubitari an ignorantes obligari possent. Sed dicendum, consensum desiderari in his tantùm obligationibus, quæ palam fiunt tractatu habito; non in illis quæ tacitè fiunt re, & negotio ipso, *l. 32. nam cum, ff. pro socio, l. furiosus, ff. de oblig. & action. l. is qui, §. si libero, ff. commodati.* Quæ quoniam hoc habent singulare, vt sine consensu fiant, dicuntur à Caio *l. 1. de oblig. & act.* nasci proprio quodam jure, ex variis causarum figuris; quia quæ neque ex contractu propriè sunt, neque ex maleficio; in illis tamen nasci obligationem, & actionem dari vtilitate ita suadente à prudentibus receptum est.

[3] QVI VTILITER GESSERIT] Etsi effectum negotium non habuit, vt si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit; etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, *l. sed an vltro, §. 1. ff. de negotiis gestis.*

[4] AD EXACTISSIMAM QVISQVE DILIGENTIAM] Sive ad vnum tantùm negotium gerendum accesserit, vt in *l. 15. & 16. ff. de negot. gest.* nam & hic in negotio vnico levissimam culpam, quæ levis nomine continetur in *l. tutori, C. eod.*

tit. præstare tenetur: sive initio omnium negotiorum administrationem susceperit; *l. si pupilli*, §. *vlt. ff. eod. tit.* Idque receptum videtur in procuratore voluntario, exemplo procuratoris, qui ex mandato negotia gessit: hunc enim omnem culpam præstare constat, *l. à procuratore*, *C. mandati.* Aliquando tamen negotiorum gestor præstat quoque casum fortuitum, vt in specie *l. si negotia*, *ff. de negot. gestis.* Aliquando dolum dumtaxat, *l. 3. §. interdum*, *ff. eod. tit.*

*4 AD EXACTISSIMAM QVISQVE DILIGENTIAM] In negotiorum gestore, qui voluntarius procurator dicitur, receptum est vt omnem diligentiam præstet, *l. 24. si mater*, *Cod. de vsuris*: & de levissima culpa tenetur; quod exemplo procuratoris, qui ex mandato negotia gerit, admissum videtur: illum enim omnem culpam præstare certum est, *l. 13. à procuratore*, *Cod. mandati.* Imò & de casu fortuito negotiorum gestorem teneri docet Pomponius ex sententia Proculi, in *l. 11. si negotia*, *ff. de negot. gestis*: si novum scilicet negotium, quod non sit solitus absens facere, procurator voluntarius nomine ejus gerat; veluti venales novitios coëmendo; in eo negotio casum quoque fortuitum præstat. Sed contrà, illum de dolo dumtaxat teneri aliquando, quod maximè observandum, tradit Vlpianus ex sententia Labeonis, in *l. 3. §. interdum*, *ff. eod.* cùm cessantibus omnibus affectione coactus, ne bona alicujus distrahantur, negotiis se illius offert; æquissimum est dolum dumtaxat eum præstare, quæ sententia habet æquitatem.

§. II. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur non propriè ex contractu obligati intelleguntur, (nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ [5], si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit. *Ex d. l. 4. §. tutela de oblig. & act.*

[5] TVTOR CVM PVPILLO HABET CONTRARIAM TVTELÆ] Sed nòn cum eodem privilegio, quod pupillo adversus tutorem directâ actione agenti datum est; quia vt Papin. ait in *l. ex pluribus 42. ff. de administrat. tutor.* privilegium est personæ, non causæ.

*5 TVTOR CVM PVPILLO HABET CONTRARIAM TVTELÆ] Vt pupillo datur directa tutelæ actio, ita & tutori datur contraria adversus illum, vt quod impendit in negotia pupilli repetat: quæ non gaudet eodem privilegio quo directa; quia vt Papinianus ait in *l. 42. ex pluribus*, *ff. de administrat. tut.* privilegium est personæ, non causæ.

§. III. Item si inter aliquos communis sit res [6] sine societate. veluti quòd pariter eis legata donatáve esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quòd solus fructus ex ea re perceperit, aut quòd socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur propriè ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt. sed quia non ex maleficio tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

[6] COM-

[6] COMMVNIS SIT RES.] In judicio communi dividundo personales præstationes veniunt, *l. 4. §. sicut, ff. communi divid.* & hac igitur parte, quasi ex contractu socius socio obligatur; idémque obtinet in judicio familiæ erciscundæ.

§. IV. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

§. V. Heres quoque [7] legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto vllum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur.

Ex d. l. 4. §. heres, de obl. & act.

[7] HERES QVOQVE] Tenetur heres legatariis quasi ex contractu actione personali; quâ agitur dari oportere, *l. non quocumque, §. 1. ff. de leg. 1.* adeundo enim ex testamento hereditatem quasi contrahit, *l. 3. §. vlt. ff. quibus ex causis in possess. eatur.*

§. VI. Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeò enim non intellegitur propriè ex contractu obligatus, vt si certiorem rationem sequamur, magis (vt suprà diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat: in hoc dare videtur vt distrahat potiùs negotium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, & ideo condictione tenetur.

Ex d. l. 4. §. is quoque, de ob. & action.

§. VII. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. sic namque definierunt veteres [8], ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum, repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuicumque legata fuerant. nostra autem constitutio, quum vnam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

[8] SIC NAMQVE DEFINIERVNT VETERES] Quæritur ratio hujus antiquæ definitionis: an quia videtur metu periculi datum? sed & hoc iniquum videtur, metu periculi cogi eum, qui nihil debet, jus suum indefensum relinquere, *l. illud, §. nec enim, ff. de petit. heredit.* Observandum est, hoc antiquo jure denegari condictionem, si vel minima suspicio sit transactionis, *l. vlt. C. de condict. indebiti:* decisa enim negotia, vel obtentu erroris retractari veteres noluerunt, ait Imperator in *l. error. C. de juris & facti ignorant.* At quod solvitur ab eo qui de eventu litis

dubitat, dum vult cavere sibi, ne fortè duplum solvere teneatur; transigendi & decidendi causâ solutum videtur.

* 8 SIC NAMQVE DEFINIERVNT VETERES] Quod per errorem, vel ignorantiam facti, solvendi causâ datum est, cùm non deberetur; repeti posse certum est, *§. 1. is quoque*, suprà, *quib. modis re contrah. oblig.* & *l. 1.* & *l. 65. in summa, ff. de condict. indeb.* Ab illa tamen definitione quidam casus excipiuntur, illi scilicet, in quibus inficiatione lis crescit, quos recenset Paulus *lib. 1. recept. Sent. tit. 19.* Vnde sic definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit; ex his causis indebitum solutum repeti non potest, *l. 4. ea quæ, Cod. de condict. indeb.* Cujus definitionis ratio hæc redditur à Cujacio, ad *l. 36. ff. famil. ercisc. lib. 2. quæst. Pauli*; quoniam quod solvitur ex his causis, videtur vltrò solvi, non tam ab errore, quàm scientiâ, & projici pecunia propter metum pœnæ, quam subeunt inficiatores. Cujus autem dati per errorem repetitio, & ejusdem dati consultò donatio est, *l. 53. ff. de reg. juris*: quâ ratione, inquit, meritò denegatur repetitio ei, qui vltrò & sciens dedit. Sed hoc videtur iniquum, metu periculi cogi aliquem qui nihil debet, jus suum indefensum relinquere, vt eleganter Paulus in *l. 40. illud, §. nec enim, ff. de petit. hered.* ideóque aliunde repetenda hujus regulæ ratio: ex eo scilicet, quòd jure antiquo denegatetur condictio ad repetendum id quod datum esset, cùm vel minima transactionis suspicio inerat, *l. vlt. Cod. de condict. indeb.* Causa enim decisa, erroris velamento non poterat instaurari, vt rescripserunt Imperatores in *l. 7. error, Cod. de juris & facti ignor.* At qui solvit ex causa quæ inficiatione duplatur, cùm de eventu litis dubitat; & sibi prospicere vult ne fortè duplum præstare cogatur: videtur solvere transigendi, & decidendi causâ, vt in *notis ad hunc tit.* agnovit tandem Cujacius. Et ideo ex his causis denegatam fuisse repetitionem concedit; & præsumptionem transactionis contra eum induci non vult, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.

Per quas personas nobis obligatio adquiritur.

CAPVT XXVIII.

EXPOSITIS generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus adquiri nobis non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eas personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: vt tamen quod per servos quidem nobis adquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundùm imaginem[1] rerum proprietatis & vsusfructus, quam nostra discrevit constitutio[2]: vt quod ab actione commodum perveniat, hujus vsumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem.

* 1 HOC DIVIDATVR SECVNDVM IMAGINEM] Antiquo jure omnia

patribus pleno jure acquirebantur, *l. 79. placet, ff. de acquir. heredit.* Quæ regula variis Impp. constitutionibus, ex variis casibus temperamentum accipiebat: donec Iustinianus adventitia à profectitiis separavit, vt apparet ex principio tituli suprà *per quas personas nobis acquir.* & fusiùs ex *l. 6. cùm oportet, Cod. de bonis quæ liber.* & æquum existimavit in bonis profectitiis veteris juris regulam servari: in adventitiis autem dominio penes filios remanente, vsumfructum tantùm patri acquiri; ne cum luctu & mœrore auferatur, quod labore, & prosperâ fortunâ quæsitum est: quo casu accedente filii consensu, actiones & suscipere, & movere pater debet. At cùm pater vsumfructum respuit, id totum commodum ad filium pertinet, solus filius pulsatur, & agit: patre tamen consensum præstante; ne judicium sine patris voluntate videatur consistere, *l. 8. §. sancimus, & §. vbi autem, Cod. de bonis quæ liber.* Quam distinctionem designant verba hæc *nostri §. patre actionem movente, secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem.*

* QVAM NOSTRA DISCREVIT CONSTITVTIO] Id est *l. cùm oportet, C. de bonis quæ liberis*, quæ profectitia diligentiùs separavit ab adventitiis: & quod subjicit, *patre actionem movente, secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem*, referendum est ad *l. vlt. §. sancimus, & §. vbi autem. C. de bonis quæ liberis*: vbi, si ex adventitiis causis pater acquisitum amplectatur, agit ex consensu filii; si verò pater respuat, filius agit consensu patris. Et ad has procul dubio constitutiones novas pertinent postrema verba *l. 39. ff. de verb. oblig.* quæ esse videntur à manu Triboniani, *Dominus*, inquit, *servo stipulando sibi acquirit: sed & pater filio, secundùm quod leges permittunt.*

§. I. Item per liberos homines, & alienos servos quos bonâ fide possidemus adquiritur nobis: sed tantùm ex duabus causis, id est, si quid ex operibus suis, vel ex re nostra adquirant.

§. II. Per eum quoque servum, in quo vsumfructum vel vsum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur.

§. III. Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo, quod vni nominatim stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli adquirit: veluti quum ita stipulatur, Titio domino meo dare spondes? Sed si vnius domini jussu [1] servus fuerit stipulatus, licèt antea dubitabatur: tamen post nostram decisionem [4] res expedita est, vt illi tantùm adquirat, qui hoc ei facere jussit, vt suprà dictum est. *Ex l. 5. & 7. de stipul. servor.*

*[1] SED SI VNIUS DOMINI IVSSV] Cùm servus communis jubente vno ex dominis erat stipulatus; & non ejus qui jusserat, sed alterius ex dominis fecerat mentionem: cui acquireretur actio, vel lucrum quod ex ea causâ accidebat, anxiè ab antiquis quæsitum est. Et veteris controversiæ terminandæ causâ Iustinianus constituit in *l. vlt. Cod. per quas personas nob. acquir.* distinguendum esse, an dominus jusserit simpliciter servum stipulari; an specialiter jusserit sibi nominatim stipulari. Cùm simpliciter jussit, & servus sine nomine stipulatus est: ei acquiritur qui jussit, *l. 5. §. vlt. de stipulat. servor.* tunc enim jussio domini non est absimilis nominationi. Cùm autem alterius fecit mentionem, ei soli acquiritur qui nominatus est; quia tunc expressio nominis prævalet jussioni. Sed cùm specialiter jussit sibi nominatim stipulari, plus valet jussus quàm nomen; malitiis enim servorum indulgendum

non est, vt liceat eis domini jussione contemptâ, suâ libidine facere stipulationem.

4 POST NOSTRAM DECISIONEM] Est *l. ult. C. per quas personas nobis acquir.* quæ ex sententia Azonis, explosis Iohannis, Martini, & Bulgari nugis, sic est accipienda. Si vnus ex dominis servum communem stipulari jusserit, ei qui jussit acquirit obligationem, quamvis alium stipulando nominaverit; si nempe nominatim, & specialiter dominus sibi stipulari jusserit, & servus alteri sit stipulatus. Quòd si simpliciter, id est, non sibi nominatim, vnus jusserit servum stipulari, & is quoque simpliciter stipulatus sit; ei acquirit qui stipulari jussit: qua de re non fuit dubitatum, jussum enim pro nomine antiqua quoque prudentia accepit, *l. si servo, §. idémque ait, ff. de vsufruct. l. servus communis, §. 1. l. proinde, ff. de stipulat. servor.* At si jusserit simpliciter servum stipulari, & is alterum nominaverit, nominato acquiritur obligatio. Vt hujus decisionis summa hæc sit: cùm vnus ex dominis jubet servum sibi stipulari nominatim, plus valet jussum quàm nomen, qua de re veteres dubitabant: cùm autem simpliciter jubet, plus valet nomen quàm jussum.

Quibus modis obligatio tollitur.

CAPVT XXIX.

TOLLITVR autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur: vel si quis consentiente creditore[1], aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat: vtrum ipse qui debet, an alius pro eo. liberatur enim & alio solvente: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito solutio fiat[2]. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus[3].

* SICVT certis modis jure civili obligamur, (certis enim modis contrahitur obligatio, vt ex præcedentibus titulis constat) sic & certis modis liberamur, ipso scilicet jure; nam per exceptionem innumeris. Quibus autem modis ipso scilicet jure tollatur obligatio, docet Iustinianus in *hoc tit.*

*1 SI QVIS CONSENTIENTE CREDITORE] Aliud pro alio invito creditore solvi non potest, *l. 2. §. mutui datio, ff. de reb. credit.* Imò nec factum pro re, vel facto, *l. 98. §. mibi Romæ, ff. de solution. & liberat.* Volenti & consentienti creditori potest, *l. 1. §. an potest, ff. de constitut. pecun. l. 25. si ei nuptura, ff. de jure dot.* & *l. 26. §. si centum, ff. de condic. indeb.* Quod tamen post multas disputationes obtinuisse, ex d. legibus apparet: stricto enim jure, cùm eadem in solvenda, quæ in contrahenda obligatione erat observanda forma, ne volente quidem creditore hoc fieri poterat. Sed deinde æquitate suadente à prudentibus hoc est receptum; vt indicat manifestè verbum *placet*, quo vtitur Vlpianus in *d. l. 1. §. an potest;* quo vtplurimum prudentum interpretatio significatur. Benignè ergo hoc receptum est, vt res pro re solvi possit, & aliud pro debito constitui: quod exemplo mutui in constituto est admissum.

2 INVITO SOLVTIO FIAT] At invito beneficium non datur, *l. invito 69. ff. de reg. jur.* sed ex regula illa, quæ propriè ex inscriptione referenda est ad assigna-

tionem liberrorum, jus non sumitur, vt nominatim Iurisconsultus monet in *l.* 1. *ff. eod. tit.* constat enim summum libertatis beneficium etiam invito dari *l. vlt. C. de testamento manumiss.* & pro inuito quoque solvi posse: vt verissimum sit quod D. Cujac. docuit, nullam esse regulam juris quæ sit perpetuò vera; quod & de Aphorismis Hippocratis magnus Galenus scripsit.

[3] SED ETIAM REVS] Et quidem ipso jure, hac elegantissimâ ratione, quam Accurs. non intellexit; quia vt ait *l.* 4. *ff. de fidejussorib.* fidejussor rei principalis locum obtinet, & eâdem obligatione teneri dicitur *l.* 1. §. *verbis, ff. de oblig. & action.* quod locum non habet in mandatore solvente, *l. Papinianus, ff. mandati.* Et addenda est hæc tertia differentia inter mandatorem & fidejussorem, duabus suprà expositis in *tit. de fidejussorib. & tit. de mandato,* quæ ab eodem fonte proficiscitur. Nam quemadmodum heres mandatoris non obligatur, & electo reo principali non liberatur mandator, vel contrà; quia mandator rei locum non obtinet: ita quoque solutione mandatoris non potest reus ipso jure liberari. Ideóque rectè Papinianus ait in *d. l. Papinianus,* post solutionem actiones esse cedendas; quia solutione extinctæ non sunt. Aliud omnino obtinet in fidejussore; debet enim cessio actionum præcedere solutionem, vel saltem hoc nominatim agi, solutionem ideo fieri, vt mandentur actiones: quo casu videtur nomen à creditore venditum fidejussori, *l. cùm is, ff. de fidejussorib. l. Modestinus, ff. de solutionib. l. cùm possessor. ff. de censib.*

§. I. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio, imaginaria solutio [4]. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, vt patiatur hæc verba debitorem dicere: Quod ego tibi promisi habésne acceptum? & Titius respondeat: Habeo. Sed & Græcè potest [5] acceptum fieri: dummodo sic fiat, vt Latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere (vt diximus) tantùm eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ [6]. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Sed & id quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte rectè solvitur [7], ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

[4] IMAGINARIA SOLVTIO] Est enim juris civilis commentum; quod cùm sit plenum fictionibus, commentis, & imaginibus, eleganter jus commentitium dicitur *l. si pœna, ff. de pœnis.* Alludere videtur Tertullianus in *lib. de corona militis, Omnia,* inquit, *sunt imaginaria in hoc sæculo, & nihil veri.*

[5] SED ET GRÆCE POTEST] Quâcumque linguâ acceptilatio fieri potest; quia hoc jure vtimur, vt juris gentium sit, *l.* 8. §. *vlt. ff. de acceptilat.* Ea autem quæ juris gentium sunt, sine verborum solemnitate, quâcumque linguâ perficiuntur.

[6] NON ETIAM CETERÆ] Acceptilatio tamen his opposita, quamvis sui naturâ non valeat, vim pacti habet, *l. si vnus,* §. *pen. ff. de pactis, l. cùm emptor, ff. de rescind. vendit. l. an inutilis, l. si acceptò latum, ff. de acceptilatione.* Quod absolutè verum est sine distinctionibus Accursii, ex sententia Martini contra Bulgarum, vt D. Cujac. rectè vindicat in *d. l. si vnus.*

[7] RECTE SOLVITVR] Volenti, non invito, quod liquidò probat *l. tutor,* §. *Lucius, ff. de vsuris.* Nec obloquitur *l. quidam, ff. de rebus creditis;* sunt enim hi ca-

sus ita perspicuè disparandi. Aut debitor extra judicium partem pecuniæ debitæ offert, deponit, & obsignat, quod loco solutionis est: & frustra est, nihil agit; quia frustra est oblatio, creditore nolente partem accipere. Aut in jure apud Prætorem petenti creditori sibi dari actionem in decem, debitor offert quinque, de reliquis judicium accepturus: & hoc casu, contra duriorem sententiam existimantium non esse cogendum creditorem partem accipere, humaniùs Iulianus ait Prætorem facturum, si creditorem compulerit ad accipiendum id quod offertur; quia, vt ait, Prætoris officium est minuere lites. Idem non permittitur judici dato à Prætore; judicium enim jam acceptum judex datus non potest scindere, multo minus scindi potest actio creditoris extra judicium.

§. II. Est prodita stipulatio quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, vt omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est; Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diémve: quarúmque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persequutio est, eritve: quódve tu meum habes, tenes possidésve [8], dolóve malo fecisti, quò minùs possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius [9], spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso, Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habésne acceptum? respondit Aulus Agerius: Habeo acceptúmque tuli. *Ex Florent. l. 18. & vnc. de acceptilat.*

* [8] QVODVE TV MEVM HABES, TENES, POSSIDESVE] Hæc tria verba ita distinguuntur, vt verbum *habere* ad civilem possessionem referatur; *tenere* ad naturalem; *possidere* autem ad vtramque. Generaliter enim possidere dicimus eum, qui incumbit corpore suæ rei; sive habeat justam causam credendi se dominum esse, sive habeat tantùm affectum sibi habendi, justâ causâ destiturus.

* [9] STIPVLATVS EST AVLVS AGERIVS] In formularum conceptionibus non semper Titium aut Mævium; sed & Agerium actoris, Nigidium rei nomen sustinuisse, vt in hac stipulatione videre est, constat ex *l. 41. tutor, §. ab Aulo Agerio, ff. de vsuris*, in quo Agerio Gaius Seius conjungitur.

§. III. Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tu Seio debeas à Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ, nova nascitur obligatio, & prima tollitur translata in posteriorem: adeò vt interdum, licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id quod tu Titio debeas à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, quo casu res amittitur. nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est [10]. Non idem juris est [11] si à servo quis fuerit stipulatus. nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea sti-

pulleris: ita demùm novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: fortè si conditio aut dies, aut fidejussor adiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adiciatur, novationem fieri: sic intellegi oportet vt ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit, alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio [12] quæ apertissimè definivit, tunc solùm novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quòd propter novationem prioris obligationis convenerunt. alioquin manere & pristinam obligationem, & secundam ei accedere: vt maneat ex vtraque causa obligatio secundùm nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertiùs cognoscere.

[10] NULLA EST] Placet valde quod D. Cujac. contra priores notas in *l. in persona, §. pen. ff. de pactis*, & in *posterioribus* scripsit, pupillum naturaliter hoc casu esse obligatum; hoc enim verissimum esse convincit *l. 1. ff. de novationib.* Sed vt procedat hæc sententia, ponendum est cum Cujacio in *d. l. in persona*, & *l. 117. ff. de verb. obl.* pupillum novandi causâ expromisisse pro eo, cui eamdem summam debet, quam in rem suam convertit. Sed addo, & tamen ex eo locupletior, & melior factus non apparet: hæc enim sunt distinguenda, *l. fine 32. §. interposito, ff. de administrat. tutor.* vt suprà docui in *tit. quibus alienare licet, vel non.*

[11] NON IDEM IURIS EST] An quia extra causam peculiarem servus pro alio intervenire non potest, neque naturaliter obligatur, ex Accursii sententia in *d. l. in persona, §. pen. ff. de pactis*, & *l. 3. §. si filiusfam. ff. de peculio*: sic videtur Cujacio *lib. 8. Obs. cap. 11.* Sed placet quod Theoph. addit, non posse procedere hoc casu novationem; quia servus in jure civili personam non habet, cujus scilicet mutatione novatio fieri dicitur.

*[11] NON IDEM IURIS EST] Cùm servos ex contractibus naturaliter obligari certum sit, *l. 14. servi, ff. de oblig. & actionib.* & naturalem obligationem sufficere ad novationem, *l. 1. ff. de novation.* meritò quæritur cur novatio non contingat, cùm creditor à servo novandi animo stipulatus est. Theophilus hoc fieri asserit, quoniam vt novatio contingat, non sufficit nasci naturalem obligationem, nisi sit persona quæ eam sustineat: at servus in jure civili personam non habet, cùm pro mortuo habetur, *l. servitutem 209. ff. de reg. juris*; vnde sequi videtur servum cùm personam non habeat, non posse obligationem novare. Sed cùm personam domini sustineat, & ab eo personetur, vt Theophilus loquitur, aliunde petenda videtur ratio: nimirum ex eo, quod docet Cujacius *lib. 8. Obs. cap. 11.* ex sententia Sabini quæ obtinuit, servum ne quidem naturaliter obligari, si compromiserit, si judicio condemnatus fuerit, si actori in judicio jusjurandum detulerit, & si extra causam peculiarem intervenerit. Nam si servus ne naturaliter quidem obligatur, cùm intervenerit: sequitur novationem non contingere; cùm novatio sit veteris obligationis in novam transfusio, & transfusio esse non potest, cùm is qui promittit nullo

modo obligatur. Sequitur ergo durare priorem obligationem, ficut obtinet cùm posteriori obligationi adjecta est conditio, quæ defecit.

[11] NOSTRA PROCESSIT CONSTITVTIO] *L. vlt. C. de novationib.* ad quam vide omnino Cujac. *lib.* 19. *Obs. cap.* 36.

* [11] NOSTRA PROCESSIT CONSTITVTIO] Cùm maxima esset inter veteres controversia, & non esset certum quando novandi animo in secundam obligationem itum esset; illius tollendæ gratiâ Iustinianus constituit in *l. vlt. Cod. de novation.* tunc solùm prioris obligationis novationem fieri, cùm in secunda obligatione nominatim dictum esset, illam interpositam esse novandi causâ. Sed cùm Iulianus in *l.* 58. *qui vsumfructum*, §. *vlt. ff. de verb. oblig.* & Vlpianus in *l.* 8. *si Stichum*, §. 1. & Paulus in *l.* 29. *aliam*, *ff. de novationib.* asserant ita demum novationem contingere, si id specialiter actum est, & in aliis plerisque juris locis idem Iurisconsulti affirment: mirum meritò videri posset, se hujus juris primum auctorem Iustinianum affirmare. Verùm in plerisque Pandectarum locis Triboniani manum agnoscimus; qui, vt rectè adnotat Cujacius, multa veterum Iurisconsultorum responsa aptavit ad jus novum à Iustiniano introductum, vt illorum sententia constitutionibus congrueret: quod in multis adeò clarè & manifestè deprehenditur, vt sit extra omnem dubitationem. Ad *l. vlt. Cod. de novat.* cujus hîc facit Iustinianus mentionem, vide Cujac. *lib.* 19. *Obs. cap.* 36.

§. IV. Hoc amplius, eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contrariâ voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Seius inter se consenserint vt fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureis: deinde re nondum sequutâ, id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, vt discederetur ab ea emptione & venditione: invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt.



D. N.

D. N. IVSTINIANI

PERPETVI AVGVSTI

INSTITVTIONVM SIVE ELEMENTORVM

Per Tribunianum virum magnificum Magiſtrum & Exquæſtore ſacri palatii, & Theophilum, & Dorotheum viros illuſtres, & Anteceſſores,

LIBER QVARTVS.

De obligationibus quæ ex delicto naſcuntur.

CAPVT I.



VVM expoſitum ſit ſuperiore libro de obligationibus ex contractu, & quaſi ex contractu: ſequitur vt de obligationibus ex maleficio diſpiciamus. Sed illæ quidem (vt ſuo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur. hæ verò vnius generis ſunt [1], nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio: veluti ex furto [2], aut rapina, aut damno, aut injuria.

* OBLIGATIONES omnes quæ ex contractu naſcuntur, in quatuor genera dividuntur: illæ autem de quibus dicturus eſt, ex facto, ſive ex peccato eſſe dicuntur, *l.* 25. §. *ex facto*, *ff. de obligat. & act.* quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipſe admiſit: veluti furtum, aut injuriam commiſit, aut damnum dedit. Ex peccato enim obligatur quis, cùm in facto ſumma quæſtionis conſiſtit, *l.* 52. §. *ex peccato*, *ff. de oblig. & act.* id eſt, non quæritur an duorum pluriúmve conſenſus intervenerit, an res aliqua tradita fuerit, & verborum ſolemnitas, aut ſcripturæ proprietas adhibita ſit, vt in contractibus fieri ſolet: ſed an is qui convenitur fecerit id quod feciſſe arguitur; furtum, puta, aut rapinam: initium enim harum obligationum eſt, aliquid factum fuiſſe. Neque hanc ſententiam infirmat id quod dicitur à Iuſtiniano, in §. *injuria*, *infrà*, *de injuriis*; obligari aliquem literis aut verbis, ſi convitium fecerit, aut in infamiam alicujus libellum aut carmen ſcripſerit: quoniam tunc non ex verborum ſolemnitate, aut ſcripturæ proprietate oritur obligatio, vt in contractibus; ſed ex facto ipſo, aut maleficio: ideóque verum eſt obligationes ex ea re naſci, id eſt ex delicto.

[1] VNIVS GENERIS SVNT] Ex facto, vt Vlp. ait in *l. actionum* 25. §. 1. *ff. de oblig. & action.* Modeſtinus in *l. obligamur* 52. §. *pen. eod. tit.* ex peccato; *Cùm in facto*,

inquit, *summa quæstionis consistit*, id est, cùm quæritur an is qui convenitur fecerit, necne, quod fecisse arguitur; nec extrinsecus quæritur, an vlla verborum, vel scripturæ solemnitas intervenerit; vel an plurium duorúmve consensus, vt in contractibus fieri solet. Nec obstat *l. 1. §. 1. l. lex Cornelia, §. si quis librum ff. de injur.* Quamvis enim aliquando literis & verbis injuria fieri dicatur; constat tamen injuria in facto vel maleficio, non verborum & literarum solemnitate, vt contractus qui verbis & literis fiunt.

[2] EX FVRTO AVT RAPINA] Quadrigam proponit ex maleficio obligationum, ex quibus actiones nascuntur, quibus agitur vel de re familiari & privata, quæ nobis maleficio alterius abest, vel intercepta est: vt in furto, actione furti; in damno injuriâ dato, actione legis Aquiliæ; in rapina, actione vi bonorum raptorum: vel de vindicta sola, actione injuriarum, *l. 2. §. emancipatus, ff. de collatione bonorum*, nov. Valentiniani *de libertis & eorum successorib.* & apud M. Tullium in *Oratione pro Cæcinna, Actione injuriarum agere causam doloris.* Ideóque, quod notandum, his tribus actionibus, quibus de re familiari agitur civiliter, in *l. 4. ff. de public. judiciis* præjudicium fieri dicitur futuro judicio publico; id est, denuo agi posse criminaliter, ex judicio civili quod præcessit exemplo sumpto: sic enim in *divinatione* M. Tullii, præjudicium esse accipiendum, quod instruat sequens judicium, *vn prejugé du suivant*; Ascon. Pædianus docuit; & eodem sensu præjudicium fieri dicitur in *l. 2. §. 1. ff. vi bonorum raptor.* Actione verò quâ agitur causâ doloris, id est actione injuriarum, quæ ad solam vindictam pertinet, non ad rem familiarem, præjudicium non fit futuro judicio publico; quia non licet rursus agere de vindicta, cùm de ea judicio civili satis actum sit. Nec obstat quòd Vlp. ait in *l. inde Neratius, §. si dolo, ff. ad l. Aquiliam*, per judicium privatum legis Aquiliæ, præjudicium non debere fieri futuro judicio publico ex lege Cornelia: vtrumque enim verum est, præjudicium fieri, & præjudicium non fieri. Sed observandum diverso modo accipi præjudicium: in *d. l. 4.* & in *d. l. 2.* præjudicium fieri, id est sumi exemplum ex judicio civili jam peracto, quod judices sequantur in criminali futuro: in *d. l. inde Neratius*, cum similibus, præjudicium non fieri, id est non esse prius judicium civile impedimento futuro judicio criminali, vt in *l. vnic. C. quando civilis actio criminali præjudicet*; quod interpretes non intellexerunt.

§. I. Furtum est contrectatio[3] rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam vsus[4] ejus, possessionísve[5], quod lege naturali prohibitum est admittere. *Ex Paulo l. 1. de furtis.*

[3] FVRTVM EST CONTRECTATIO] Est definitio rei, quam mox sequitur definitio nominis; sed apud Paulum in *l. 1. ff. de furtis*, rectè ex arte præcedit nominis definitio. Est autem contrectatio, cùm res loco movetur, *l. vlt. ff. de condictione furtiva*; ideóque purgatur vitium si res reponatur, *l. 40. in princip. ff. de statulib. l. 4. §. Labeo quoque, ff. de vsurpat. & vsuc.*

*[3] FVRTVM EST CONTRECTATIO] Cùm furtum in contrectatione fraudulosa rei alienæ consistat, sequitur rectè abolitam sententiam eorum, qui loci aut fundi furtum fieri posse existimabant, vt docet Iustinianus in *§. quod autem, suprà, de vsucapionib.* in qua sententia fuisse Sabinum docet Gellius *lib. 11. cap. vlt.* quia contrectare est rem movere loco, *l. 3. §. si rem, ff. de acquir. poss.* lucri scilicet faciendi gratiâ; vnde purgare vitium furti dicitur, qui rem surreptam loco suo reponit, *l. 4. §. Labeo quoque, ff. de vsucap.* Furtum autem fit non rei tantùm, sed etiam vsus

& poſſeſſionis: vſus furtum facit, qui rebus commodatis aliter vtitur, quàm vtendas acceperit, vt dicitur in §. *placuit tamen, infrà, hoc tit.* poſſeſſionis autem, vt exemplis à Theophilo allatis apparet.

[4] VEL ETIAM VSVS] Hoc enim Gellius *lib. 7. cap. 15.* in lib. juris civilis Scævolam ſcripſiſſe teſtatur, *Quod cui ſervandum datum eſt, ſi id vſus eſt, ſive quod vtendum acceperit, ad aliam rem atque acceperit vſus eſt, furti ſe obligavit:* quo caſu ratione vſus datur actio furti domino, quæ & fructuario dari poteſt ratione vſus, vel vſusfructus, vt in *l. cùm eas, §. 1. l. inter omnes, §. ſi ſervus, ff. de furtis.*

[5] POSSESSIONISVE] Vt in caſu ex jure antiquo, ex Sabini libris apud eumdem Gellium notato, *lib. 11. cap. 18.* condemnatum furti fuiſſe colonum, qui fundo quem conduxerat vendito, (ſic legendum, & interpungendum) poſſeſſione ejus dominum intervertiſſet. Sed quia non obtinuit Sabini ſententia, qui fundi quoque furtum fieri exiſtimabat, commodius erit vti exemplis à Theophilo hoc loco propoſitis.

§. II. Furtum autem vel à furvo, id eſt, nigro dictum eſt, quòd clàm & obſcurè fiat, & plerumque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, vel à Græco ſermone, qui φῶρας appellant fures. Imò & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt. *Ex Paulo d. l. 1. de furtis.*

§. III. Furtorum autem genera duo ſunt: manifeſtum, & nec manifeſtum. Nam conceptum & oblatum, ſpecies potiùs actionis ſunt furto cohærentes, quàm genera furtorum, ſicut inferiùs apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolùm is qui in furto deprehenditur, ſed etiam is, qui in eo loco deprehenditur, quo fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egreſſus januam deprehenſus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto vvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehenſus ſit. Imò vlterius furtum manifeſtum extendendum eſt, quamdiu eam rem fur tenens viſus [6], vel deprehenſus fuerit, ſive in publico, ſive in privato, vel à domino, vel ab alio [7], antequam eò pervenerit, quò perferre ac deponere rem deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quò deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex iis quæ diximus, intelligitur, nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

[6] FVR TENENS VISVS] Singularis hic locus eſt, vt non minùs cum re furtiva viſus, quàm deprehenſus, pro fure manifeſto habeatur; quod ex hoc Caii loco Servius juris antiqui peritiſſimus adnotavit, in illum Virgilii locum:

Non ego te vidi Damonis, peſſime, caprum
Excipere inſidiis, multùm latrante lyciſcâ.

quod D. Cujac. adnotavit *lib. 11. Obſ. cap. 38.*

[7] VEL AB ALIO] D. Cujacius in *poſterioribus notis* hunc locum ſic expoſuit, *ab alio, gerente puta negotium domini, non à quolibet alio*; quæ interpretatio pugnare videtur cum *l. 7. §. vlt. ff. de furtis*, *Parvique*, inquit, *referre putat Celſus, dominus, an vicinus, an quilibet tranſiens apprehendat.* Et ſanè manifeſtus fur eſt, quem quilibet tranſiens apprehendit rem alienam auferentem, qui & ipsâ apprehenſione

negotium domini gerere videtur, vel si viso fure clamaverit, vt ille apud Virgilium,

Et cùm clamarem, quò nunc se proripit.

Et meritò dubitari potuit, vtrum alio quolibet apprehendente acquiratur actio furti manifesti domino; regulariter enim per liberam personam actio non acquiritur: sed hoc facilè contra regulam juris odio furum receptum fuit, vt quod de condictione dicitur in §. *sic itaque discretis, infrà, de actionibus.*

* 7 VEL AB ALIO] Quoniam certissima juris regula est, per liberam personam nihil posse nobis acquiri, meritò dubitari poterat, an per quemcumque, qui furem in ipso flagitio deprehendisset, posset domino acquiri actio furti manifesti. D. Cujacius existimavit hoc non esse generaliter in quolibet admittendum, sed in eo tantùm qui domini negotium gerat; quod tamen non desiderat Vlpianus in *l.* 7. §. *vlt. ff. de furtis*, dum asserit furem manifestum esse, non tantùm qui à domino aut vicino, sed à quolibet prætereunte deprehendatur. Sicut enim in odium furum receptum est, vt contra definitiones juris domino detur condictio, §. *sic itaque discretis, infrà, de actionib.* ita & propter eamdem causam, vt ab omni furto abstineant homines, receptum videtur, actionem furti manifesti posse dominis acquiri à quocumque, qui fures deprehenderit: adde quòd ex ipsa apprehensione negotium domini gerere videtur, vel si viso fure clamaverit.

§. IV. Conceptum furtum [8] dicitur, quum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eàque apud te concepta sit: vtique si eâ mente tibi data fuerit, vt apud te potiùs, quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est, concepti & oblati, & furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundùm veterem observationem non fit: meritò ex consequentia etiam præfatæ actiones ab vsu communi recesserunt: quum manifestissimum est, quòd omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

8 CONCEPTVM FVRTVM] De furto concepto per lancem & licium, notissimæ sunt doctorum virorum sententiæ; sed valde placet quod doctiss. Pithœus vindicavit ex Petronii arbitri insigni loco, *lib.* 1. *adverf. cap.* 2. Illud tamen ferendum non est, quod nescio quis afferre non dubitavit in *commentario ad leges* XII. *tab.* differre furtum quærere per lancem & licium, & furtum concipere per lancem & licium; cùm manifestum sit furtum conceptum per lancem & licium, furtum esse quod per lancem & licium quæsitum & inventum est: quemadmodum in *hoc* §. furtum præsentibus testibus conceptum, est furtum præsentibus testibus quæsitum &

inventum. Sed animadvertendum eſt furta per lancem & licium concepta, id eſt quæſita & inventa, primùm leg. XII. tab. pœnâ extraordinariâ fuiſſe vindicata, proinde ac ſi manifeſta forent; vt ex noſtris auctoribus Gellius docuit *lib.* 11. *cap. vlt.* & Prætorem deinde ex manifeſto furto dediſſe actionem in quadruplum, de qua in §. *pœna, infrà,* ex concepto in triplum. Et ita ſenſim in deſuetudinem abiit ſolemnis illa perquiſitio per lancem & licium adhibito ſervo publico: contenti enim fuerunt, vt obſervare licet ex *hoc* §. rem furtivam perquirere teſtibus præſentibus, interrogato eo apud quem furtum quærebatur, vtrum rem furtivam celaret vel retineret; vt ipſo negante, & re poſtea inventâ, furti concepti pœnâ obligaretur: à qua tamen veteri obſervatione diſceſſum eſt, & cum perquiſitionis ſolemnibus, hæ actiones quoque ſolemnes ab vſu receſſerunt. Quod vt intelligatur, notanda ſunt duo perquiſitionum genera: vnum ſolemne teſtibus præſentibus, quod concipiendi causâ ab eo fit, qui rem vult concipere & invenire apud eum, quem furtum ſuſcepiſſe & occultaſſe contendit; re enim inventâ, concepti furti actionem ſibi acquirit, Paul. *lib.* 2. *Sent. tit. pen. Concepti is agere poteſt, qui rem concepit & invenit.* Alterum ſimplex, id eſt ſine ſolemnibus, quod fit tantùm rei inveniendæ non concipiendæ causâ, quo hodie vtimur: & hoc genere re inventâ apud eum, qui ſciens rem furtivam ſuſcepit & celavit, furti nec manifeſti agi poteſt. Quod autem D. Cujac. ſcripſit *hoc loco*, etiam ignorantem furti concepti obligari, non poſſum admittere; quia fieri non poteſt, vt ſine affectu & animo contrectantis, & ſcientiâ rei furtivæ, quis vlla ſpecie actionis furti teneri poſſit: & ita oblati non tenetur, niſi quis eâ mente dederit, vt apud alium conciperetur: & furti nec manifeſti, niſi ſciens rem furtivam ſuſcepit & celavit, *verſic. cùm enim, infrà, l. ancilla in fin. C. de furtis & ſervo corrupt.* Concepti ergo is tantùm tenetur, qui ſciens ſuſcipit & occultat. Nec obſtat *l.* 8. *C. ex quibus cauſis infamia*, qua vir magnus vtitur; in ea enim motu ſeveri judicis durior ſententia extra ordinem dicta intelligitur adverſus ignorantem, penes quem res furtiva inventa fuit, ex qua tamen condemnatus nullâ afficitur infamiâ, vel ignominiâ.

*? REQVISITIO REI FVRTIVÆ] In requirenda re furtiva adhibebantur olim ſolemnitates, de quibus Gellius *lib.* 11. *cap. vlt.* quas abiiſſe in deſuetudinem idem tradit *lib.* 16. *cap.* 10. Solebat enim qui rem furtivam quærebat, præcone, lictore, & teſtibus adhibitis pererrare domum & cellas ejus, quem rem furtivam occupare ſuſpicabatur: præco autem proclamabat quid quæreret is, qui furtum paſſus erat, vt ex Petronio, Apuleio *lib.* 16. *transformationis*, & Plauto in *Mercatore* conſtat: & veroſimile eſt eum apud quem furtum quærebatur interrogatum fuiſſe, vtrum furtum celaret; vt ipſo negante, & re poſtea inventâ, furti concepti pœnâ obligaretur. Furta autem per lancem & licium concepta, id eſt quæſita & inventa, perinde ac ſi manifeſta forent fuiſſe vindicata, docet Gellius *lib.* 11. *cap. vlt.* Et lictorem licio cinctum domos intraſſe vulgò traditur; quoniam lictores diſcoloreis veſtibus vſos, cùm publicâ auctoritate aliquid facerent, apparet *l.* 1. *Cod. Theod. de habitu quo vti oportet intra vrbem.* qui mos vſque ad tempora noſtra pervenit. Petronius tamen in *Satyra*, ad dominum qui rem furtivam quæreret, refert his verbis, *Nec longè à præcone ſtabat amictus Aſcyltos diſcolorata veſte, atque lance argentea indicium, & lancem præferebat.* Aſcyltos enim fugitivum ſuum quærebat: & is dicitur amictus diſcoloratâ veſte, id eſt licio; & in lance indicium, id eſt indicinæ præmium, oſtendebat. Quam ſententiam confirmat Feſt. Pompeius his verbis, *Lance*, inquit, *& licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cin-*

ctus intrabat. Sed quidquid sit, sive lictor, sive dominus, qui furtum passus erat, hoc tegminis genere vtebatur; constat furtum per lancem & licium conceptum, nomen accepisse ab hujusmodi inquisitionibus; quibus sublatis, actiones quoque ab vsu recesserunt, vt hic docet Iustinianus.

§. V. Pœna manifesti furti, quadrupli est, tam ex servi quàm ex liberi persona: nec manifesti, dupli.

§. VI. Furtum autem fit non solùm quum quis intercipiendi causâ rem alienam amovet: sed generaliter quum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, eâ re vtatur: sive is qui rem vtendam accepit, in alium vsum eam transferat, quàm cujus gratiâ ei data est, furtum committit: veluti, si quis argentum vtendum acceperit [10], quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregrè secum tulerit: aut si quis equum gestandi causâ commodatum sibi, longiùs aliquò duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. *Ex Caio l. si pignore 54. de furtis.*

*10 SI QVIS ARGENTVM VTENDVM ACCEPERIT] Cùm in actionem furti veniat duplum, aut quadruplum, rectè quæri potest quid dupletur, aut quadrupletur, cùm is qui volente domino rem tenet, eam in alios vsus eo reluctante convertit. Regulariter enim agente domino quanti res plurimi fuit, duplatur, aut quadruplatur, *l. 50. in furti, ff. de furtis*, si nihil amplius domini intersit, *l. 80. si vendidero, §. 1. ff. eod.* nam si intersit, id quod interest præterea duplari debet, aut quadruplari, *l. 52. si quis vxori, §. si servus, ff. eodem.* At in specie proposita, æquum non est rei nomine teneri eum qui vtendum accepit, quia de re intervertenda non cogitavit; furtum autem sine affectu furandi non committitur. Sed dicendum illum teneri ratione ejus, cujus furtum revera fecit, vsus nimirum; vsum enim intervertit, eóque nomine actione furti potest conveniri.

§. VII. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter vterentur, quàm vtendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere: eúmque si intellexisset, non permissurum, at si permissurum credant, extra crimen videri, optima sanè distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committatur. *Ex Paulo l. 40. & Pompon. l. 76. de furtis.*

§. VIII. Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat: dicitur furtum non fieri. Vnde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævii sollicitaverit vt quasdam res domino subriperet, & ad eum perferret, & servus id ad Mævium pertulerit, Mævius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre: vtrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et quum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum pruden- *Ex Vlp. l. 46 §. rectè. de furtis.*

tium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibuſdam, neque furti, neque ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo: nos hujuſmodi calliditati obviam euntes, per noſtram deciſionem ſanximus, non ſolùm furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licèt enim is ſervus deterior à ſollicitatore minimè factus eſt, & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducerent: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi introductum eſt, vt ſit ei pœnalis actio impoſita, tamquam ſi re ipſa fuiſſet ſervus corruptus: ne ex hujuſmodi impunitate, & in alium ſervum, qui facilè poſſit corrumpi, tale facinus à quibuſdam perpetretur.

§. IX. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſit, ſubreptus fuerit. *Ex Vlp. l. 14. ſi filiusfam. de furtis.*

§. X. Aliquando & ſuæ rei [11] furtum quiſque committit: veluti ſi debitor rem quam creditori pignoris causâ dedit, ſubtraxerit. *Ex Vlp. l. 19. §. qui rem pigneri, de furt.*

[11] ALIQVANDO ET SVÆ REI] Nota Cujacii in *hunc locum*, errore librarii tranſpoſita fuit: nam quod notatur ad illa verba clauſulæ ſequentis *interdum furti tenetur*, ad hunc locum omnino pertinet, de re pignoris causâ data, à debitore ſubrepta; *Quæ*, inquit Cujac. *ob furti vitium vſucapi non poteſt*, ſi eam alii non vendiderit, quia avelli ei poteſt. Quod latiùs explicandum eſt ex *l. 4. §. ſi rem, ff. de vſurpat. & vſucap.* vbi Paulus ait furti agi poſſe, & tamen purgatum eſſe vitium rei furtivæ, & procedere vſucapionem debitore rem vendente, quam bonâ fide poſſidebat; quia in poteſtatem domini, vel bonæ fidei poſſeſſoris rediit. Quod ita demum verum eſſe D. Cujac. exiſtimat, adhærens verbis Pauli, ſi vendita res ſit à debitore: ſi enim vendita non ſit, non videtur rediiſſe in poteſtatem domini, id eſt debitoris; quia ei avelli poteſt, vel actione hypothecaria, quæ avocat poſſeſſionem pignoris; vel condictione triticaria: & vt eſt in *d. l. 4. §. tunc in poteſtatem*, tunc res dicitur rediiſſe in poteſtatem domini, cùm poſſeſſionem ejus nactus eſt ex juſta causa, vt avelli ei non poſſit: ſi enim avelli poteſt, non dicitur eam adeptus, *l. non videtur, ff. de acquir. poſſeſſ.* Et interim ergo dum eam non avellit creditor, non poteſt ea res vſucapi: quod latiùs ad Cujacii notam explicandum fuit, quam ad hunc locum pertinere nemo non videt: quæ verò huic loco adſcribitur, rejicienda eſt in *§. ſeq. de furto ope, & conſilio facto.*

*[11] ALIQVANDO ET SVÆ REI] Creditori pignore ſubrepto ab ipſo debitore, datur in eum & furti actio, & condictio furtiva, *l. 19. §. qui rem, & l. 12. §. ſed etſi res, ff. de furtis.* Cui ſententiæ videtur obſtare ipſa definitio furti, & quod dicitur in *l. 1. ff. de condictione furtiva*, condictionem furtivam ſoli domino competere; creditor enim pignoris dominus non eſt, ſed debitor qui non rem alienam, ſed ſuam contrectat, *l. 35. §. pignus, ff. de pignerat. actione*: ideòque vtramque actionem adverſus debitorem eſſe denegandam dicendum videbatur. Sed cùm in actione furti, dominii non tantùm habeatur ratio, ſed etiam ejus quod intereſt, *§. furti, infrà, hoc tit.* creditoris autem maximè interſit, quamvis idoneum habeat debitorem, ne ei pignoris poſſeſſio auferatur, quòd plus cautionis ſit in re quàm in perſona, *l. 25. ff.*

de reg. juris; meritò asserit hîc Iustinianus actionem furti ei competere.

Quod autem ad condictionem furtivam attinet, observandum est eam esse certi, & incerti: certi soli domino datur, vt in *l.* 1. dicitur; incerti autem datur etiam non domino, veluti possessori, verbi gratiâ, qui possessionem interversam repetit, *l.* 12. §. *Neratius*, *ff. de condict. furtiva*. Manet ergo certum vtramque actionem creditori competere, & lucro ipsius cedere id, quod pœnæ nomine exegit, *l.* 74. *id quod*, *ff. de solut.* & *l.* 79. *si debitor*, *ff. de furtis*. Neque hanc sententiam infirmat quod dicitur in *l.* 22. *si pignore*, *ff. de pignerat. actio.* si pignore subrepto, vel condictione, vel furti actione egerit creditor; totum quidquid percepit, vel consequens est debito, in id imputare. Quæ pugna vt sedari possit, distinguendum est, an in extraneum, an autem in debitorem egerit creditor: & si in debitorem, an actionem furti proposuerit, an autem condictionem furtivam. Nam si in extraneum egit, quicquid percepit, quacumque actione egit, vel imputare, vel reddere cogitur: quoniam pignus accepit, non vt lucrum ex eo faceret, sed vt in tuto magis esset ei creditum: at crediti causa furto non intercipitur, ideóque lucrum omne creditori extorquendum est; quia sufficere ei debet dummodo in tuto sit creditum. Si autem adversus debitorem egit actione furti, id quod percepit non reddit, aut imputat; ne alioquin inanis sit actio furti adversus ipsum. Adde quòd pœnæ depensæ non solent repeti, *l.* 42. *pœna*, *ff. de condict. indeb.* & de hac actione loquitur Modestinus in *d. l.* 74. *ff. de solutionibus*, & Papinianus in *d. l.* 79. *ff. de furtis*. Quod autem condictione furtivâ percepit, quæ est merè rei persecutoria, *l.* 7. §. *fin. ff. de condict. furt.* reddere cogitur; absurdum enim esset creditori licere, non reddito pignore debitum consequi. Quocirca Vlpianus in *d. l.* 22. *ff. de pignerat. actione*, dum ex sententia Papiniani docet non esse restituendum à creditore debitori id quod exactum est, custoditè id de actione furti intelligendum esse docet. Nec obstat quod subjicitur in §. *idem Papinianus*, creditorem non restituere, quod actione quod metus causâ consequutus est; quia constat actionem quod metus causâ pœnam continere, si res arbitrio judicis non restituatur, §. *quadrupli*, *infrà*, *de actionibus*. Manet ergo certum creditorem reddere, aut imputare id omne quod accepit ab extraneo: quod autem ab ipso debitore, ita demum si egerit condictione furtivâ, non si actione furti quæ pœnalis est.

§. XI. Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit: qualis est cujus ope consilio [11] furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, vt alius eos raperet: aut tibi obstiterit, vt alius rem tuam exciperet, aut oves tuas vel boves fugaverit, vt alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non datâ operâ, vt furtum admitteretur, factum est: in factum actio dari debet. At vbi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas fortè fenestris supponit: aut ipsas fenestras vel ostium effringit, vt alius furtum faceret; quíve ferramenta ad effringendum, aut scalas, vt fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit.

Ex l. 36. l. 52. & l. 50. §. 2. de furt.
Ex d. l. 52. §. 13.
D. l. 50. §. vlt. eod.
Ex l. 54. §. pen. eod.

11 CVIVS

[11] CVIVS OPE CONSILIO] Verba sunt veteris formulæ, *l. si servus servum*, *§. si quis de manu, ff. ad l. Aquil. l. vlt. C. de noxalib. actionib.* quæ an conjunctim, vel separatim accipienda sint, apud veteres dubitatum fuit, *l. sæpe* 53. *§. vlt. ff. de verb. signific.* Et docuit Labeo, à quo fluxit schola Proculeianorum, separatim, non conjunctim hæc verba esse intelligenda; quia aliud est factum ejus qui ope, aliud ejus qui consilio furtum facit. Consilium dat, qui persuadet, impellit, atque instruit ad faciendum furtum: opem fert, qui ministerium, atque adjutorium ad res subripiendas præbet; vt ex Celso Proculeiano Vlp. docet in *l. in furti* 50. *§.* 1. *ff. de furtis.* Et manifestò Caius, ex quo hæc omnia Tribonianus sumpsit, hoc loco separat eum qui opem tulit, ab eo qui nudum consilium dedit; vt ille furti teneatur, hic verò non teneatur. Quod enim scriptum est in *§. certè*, Caius procedere voluit etiam furto subsequuto, vt præcedentia, & subsequentia convincunt. Nam *§. si verò*, qui sequitur *§. hi qui in parentum*, vel tamquam transpositus retrahendus est, vel statim aptandus sententiæ *d. §. certè*: vt consequenter his quæ suprà diximus, eum qui opem tulit teneri; eum verò qui consilium non teneri: subjungat eum cujus ope & consilio furtum factum est, omnino teneri; quia vtique verum est furtum ab eo factum fuisse: at cùm consilium præbet, non potest videri furtum fecisse, cùm nihil attingat.

Hæc fuit ergo sententia Caii, nocere opem tulisse, itémque opem & consilium: at consilium tulisse simpliciter non nocere; quod ex auctoritate veterum, juris antiqui perquàm studiosus Caius retulisse videtur; vt & alia quædam, quæ in his libris ex commentariis Caii Tribonianus dispersit, vt suprà vindicavimus in *§. præterea, de inutilib. stipulat.* Sed, vt Paulus nominatim ait in *d. l.* 53. *Post veterum auctoritatem eò perventum est, vt nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit*; id est nisi intelligat se furti faciendi causâ opem ferre, quamvis nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, vt idem Caius exposuit in *l. si pignore* 54. *§. pen. ff. de furtis.* Et contrà si consilium præbeat, ex quo deinde furtum sequutum sit, furto quoque participasse videatur: constitutâ tamen hac differentiâ inter eum cujus ope & consilio, & eum cujus consilio tantùm furtum factum est; vt huic condici non possit, quia revera rem non abstulit, *l. vulgaris*, *§. vlt. ff. de furtis*; illi verò possit, *d. l.* 53. *§. vlt.* Nec obstat quod Vlp. ait in *l. proinde, ff. de condict. furtiva*; quia, vt verissimè D. Cujac. docuit, quamvis dicat *cujus ope consilio*; tamen referendum est ad eum qui consilium præbuit, quia conjunctim hæc formula pronuntiari solet.

* [11] CVIVS OPE CONSILIO] Hæc verba separatim esse accipienda, ex sententia Labeonis, docet Paulus in *l.* 53. *sæpe, ff. de verb. sign.* quia aliud est factum ejus qui ope, aliud ejus qui consilio furtum facit. Consilium dare videtur, qui persuadet, & impellit, atque instruit ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adjutorium præbet, *l.* 50. *in furti*, *§.* 1. *ff. de furtis.* Ex sententia autem Caii, ex quo omnia hæc sumpta sunt, constituitur differentia inter eum qui opem tulit, & eum qui nudum consilium dedit: eum enim qui opem tulit sciens, ait teneri, quod idem Caius ait in *l.* 54. *si pignore*, *§. pen. ff. de furtis*: eum autem qui tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non teneri; neque enim potest furtum fecisse videri, qui nec attigit; cùm furtum sine contrectatione non fiat. Et hæc fuisse Caii sententia videtur, eum non teneri qui dedit consilium tantùm; sed eum qui sciens opem tulit, aut qui consilium & opem. Sed vt Paulus expressis verbis tradit, in *d. l.* 53. *Post veterum auctoritatem eò perventum est, vt nemo ope fecisse*

DDd

videatur, nisi & consilium malignum habuerit; nec consilium malignum habuisse noceat, nisi & factum sequutum fuerit: id est is demum opem tulisse videtur, qui intelligit se hoc facere furti faciendi causâ, quamvis nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; puta, quia ferramenta sciens accommodavit ad effringendum ostium, *d. l.* 54. §. *pen. ff. de furtis.* Et contrà qui consilium dedit, ex quo factum deinde sequutum est, furtum quoque participasse videtur: ideóque furti actione tenetur, non condictione furtivâ; quâ tamen etiam potest is conveniri, cujus ope & consilio furtum factum est; quia, vt eleganter dicitur à Paulo, in *d. l.* 53. aliud est factum ejus qui ope, aliud ejus qui consilio furtum fecit.

§. XII. Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

§. XIII. Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab vllo vsucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur. sed furti actio non nascitur: quia nec ex alia vlla causa potest inter eos actio nasci. *Ex l. 17. de furt.*

§. XIV. Si verò ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia vtique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est ope consilio ejus furtum factum esse.

§. XV. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licèt dominus non sit. Itaque nec domino [13] aliter competit, quàm si ejus intersit rem non perire.

[13] ITAQVE NEC DOMINO] Imò domino datur jure dominii solo, etiamsi nihil prætere ejus intersit; vt in statulibero subrepto, vel in re sub conditione legata, *l. si vendidero* 80. *ff. de furtis.* Sed hoc casu ejus interest, quòd dominium interim apud eum sit: & habetur ratio æstimationis rei quæ abest, non vtilitatis, vel ejus quod interest; propriè enim interesse non videtur, nisi pluris intersit quàm res sit. Sed aliquando quod interest non egreditur verum rei pretium, *l.* 1. *ff. de actionibus empti*; quod contingit, cùm dominus jure dominii furti agit: hoc enim casu verum pretium rei, non id quod interest duplatur, aut quadruplatur. Et ad hunc casum omnino referenda est *l. in furti actione* 50. *ff. eod. tit.* Nam si non dominus agat, æstimatio ejus quod interest non revocatur ad pretium rei; sed revocatur ad alterius vtilitatis rationem, veluti possessionis, detentionis, vsusfructus, vsus, pignoris: quam in rem singularis est *d. l. si vendidero*, sine qua D. Cujac. docuit, non posse commodè intelligi tractatum de eo quod interest.

§. XVI. Vnde constat creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potiùs incumbere, quàm in personam agere. adeò quidem, vt quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti. *Ex Vlp. l. 12. §. 2. de furt.*

§. XVII. Item si fullo polienda curandáve, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certâ acceperit, eáque furto *Ex Vlp. l. 12. de furtis.*

amiserit: ipse furti habet actionem, non dominus: quia domini nihil interest eam rem non perire, quum judicio locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed & bonæ fidei emptori subrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & sarcinatori non aliter furti competere placuit, quàm si solvendo sint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.

§. XVIII. Quæ de fullone, & sarcinatore diximus, eadem & ad eum cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam vt ille fullo mercedem accipiendo, custodiam præstat: ita is quoque qui commodatum vtendum percipit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, vt in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit: & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. sed si quidem furem elegerit, illum qui rem vtendam accepit, penitus liberari. sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem vtendam accipit: ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem. eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem: ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. sin autem nescius & dubitans rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem instituit, postea autem re compertâ voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire: tunc licentia ei concedatur, & adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem vtendam accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum est. tunc etenim omnimodo furem à domino quidem furti actione liberari: suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituit, ignarus rem esse subreptam: postea autem hoc ei cognito, adversus furem transivit: omnimodo liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eâdem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit.

§. XIX. Sed is apud quem res deposita [14] est, custodiam non præstat: sed tantùm in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. qua de causa

si res ei subrepta fuerit: quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse: furti agere non potest, sed furti actio domino competit.

* 14 SED IS APVD QVEM RES DEPOSITA] Si res deposita subrepta fuerit, dominus rei habet furti actionem: ei enim qui rem custodiendam recepit meritò denegatur; ejus enim non interest, cùm conveniri non possit, nisi dolus ipsius arguatur: quo casu agere non potest, quamvis ipsius periculum sit; quia nemo potest ex dolo suo furti quærere actionem, *l. 14. §. is autem, ff. de furtis.* In illis tamen casibus in quibus culpam præstat, habet actionem furti, & bonorum raptorum, *l. 2. §. in hac actione 22. ff. vi bonor. rapt.* Ex eo tamen quod vulgò receptum est, dari ei actionem cujus interest rem non subripi, videtur dicendum dari ei apud quem res deposita est, cùm is impensas fecit: verbi gratiâ, deposita sunt mancipia, vel jumenta, quibus cibaria & alia necessaria ad vitam tolerandam præbuit; interest ejus non subripi, vt per retentionem impensas servare possit. Non tamen ei competit ex ea causa actio furti, sed contraria depositi, cujus beneficio potest indemnitati suæ consulere; vt docet Fragmentum Modestini, quod extat apud pariatorem legis Mosaïcæ cum lege Romana, *tit. 10.* furti denegatur actio; quia ejus non interest rem salvam esse, cùm dolo caret.

§. XX. In summa sciendum est quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo, furtum faciat. Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demùm obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intellegat se delinquere. *Ex l. impuberem, de furtis.*

§. XXI. Furti actio sive dupli [15], sive quadrupli, tantùm ad pœnæ persequutionem pertinet. Nam ipsius rei persequutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est: sive fur ipse possidet, sive alius quilibet: condictio autem [16] adversus furem ipsum heredémve ejus, licèt non possideat, competit.

* 15 FVRTI ACTIO SIVE DVPLI] Adversus fures plures actiones proditæ sunt: nam primò datur actio furti merè pœnalis, & præterea ad rei restitutionem datur actio ad exhibendum, & vindicatio; quibus non tenentur vt fures, sed vt possessores, *l. 12. ancillæ, Cod. de furtis.* Denique odio furum, quò pluribus actionibus teneantur, receptum est vt præter superiores, rei recipiendæ nomine fures etiam condictione teneantur; quamvis regulariter nemo possit rem suam condicere, *§. his itaque discretis, infrà, de action.* In qua non distinguitur cùm res periit, an eodem modo esset peritura apud dominum: quæ tamen distinctio in aliis actionibus additur, *l. 40. illud quoque, ff. de petit. hered.* sed tenetur fur etiam si res facto suo, aut casu fortuito perierit: quod singulariter in actione quod metus causâ, interdicto vnde vi, & quod vi aut clam, obtinet; vt metu hujus periculi, ab omni vi, furto, & rapinâ homines abstineant. Hæc autem condictio, cùm neque famosa sit, (cessat enim ignominia in condictionibus, licèt ex famosis causis pendeant, *l. 36. cessat, ff. de obligat. & act.*) neque pœnalis, *l. 8. in re furtiva, §. 1. ff. de condict. furt.* meram rei persequutionem continet: ideóque datur adversus heredes, vt docet Iustinianus in *hoc §.* & quidem in solidum, vt apertis verbis docet Vlpianus in *l. 9. in condictione, ff. de*

condict. furt. Quamvis D. Cujacius *lib. 7. Obs. cap.* 37. probare pluribus argumentis tentaverit, eam non dari in heredem, nisi quatenus pervenerit: cui tamen sententiæ non acquiescit omnino, contra manifestam sententiam *d. l. 9.* cujus auctoritatem non potest effugere.

[16] CONDICTIO AUTEM] Serva quod nominatim ait condictionem dari in heredem furis, quod confirmatur *l. 5. l. 7. §. vlt. l. 9. ff. de condictione furt. l. si duo, §. idem Iulianus, ff. de jurejurando, l. 1. ff. de privatis delictis, l. 1. §. vlt. ff. vi bonor. raptor.* Et tamen in heredem non dari tentat D. Cujac. *lib. 7. Obs. cap. 37.* quod deinde affirmat in magno opere *Paratit. Cod. tit. de condict. furtiva*; his rationibus fretus, quia cùm odio furum hæc actio introducta sit, ad pœnam pertinere videtur. ideo pater non tenetur ex hac causa, si locupletius peculium factum non sit, *l. 3. §. pen. ff. de peculio:* & pignore subrepto à debitore, quod ex condictione furtiva creditor consequutus est non restituit, & integram debiti petitionem habet, *l. si pignore, ff. de pignerat. actione.* Quam sententiam bellissimè quoque confirmari putat, comparatione actionis rerum amotarum, quam condictionem esse constat ex causa furtiva: hæc enim non datur in heredem, nisi in quantum locupletior factus est, *l. vlt. C. rerum amotar.* Et quod rem omnem conficere videtur, nominatim in *l. 9. §. vlt.* junctâ *l. 10. ff. de tutel. & rationib. distrah.* condictio furtiva morte furis dicitur interire.

Sed respondeo, hanc actionem dari ex delicto ad rei persequutionem, *l. 10. §. quotiens, ff. de compensat. l. 7. §. vlt. ff. de condict. furtiva:* ideóque quamvis ex delicto veniat, in heredem datur; vt dicitur de omnibus bonæ fidei actionibus, quibus dolus, id est delictum vindicatur, *l. si hominem, §. 1. ff. depositi.* Et extra pœnam esse nominatim dicitur in *§. sic itaque discretis, infrà, de actionib.* si enim pœnæ nomine conciperetur, in heredes non competeret. Et tamen de peculio non datur, nisi in quantum locupletius factum est; quia in actionibus rei persecutoriis quæ ex delicto veniunt, nec tamen sunt pœnales, mediam hanc viam prudentes sequuti sunt: cùm regulariter pater ex contractu filiifam. tantùm teneatur de peculio, non ex delicto, *l. 1. §. si filiusfam. & §. cum servus, ff. de his qui effuderint vel dejecerint:* quod aliàs idem vir præstantiss. eruditissimè vindicavit ad *l. ex pœnalibus, ff. de reg. jur.* Denique falsum est quod tentat ex *d. l. si pignore*; quia, vt contra Azonem Irnerius doctissimè docuit, Papinianus id admittit tantùm in actione furti merè pœnali, non in condictione; vt in *l. si debitor 79. ff. de furtis,* & *l. id quod 74. ff. de solutionib.* Nihil quoque adversus sententiam *§. nostri* promover comparatio actionis rerum amotarum: claudicat enim manifestò; est enim quoque pœnalis, & quasi famosa, *l. 2. C. rerum amotarum*; quia succedit in locum actionis furti, quæ ob reverentiam matrimonii non datur: &, vt eleganter Iurisconsultus ait in *l. pen. ff. eod.* in veritate furtum fit, sed lenitate verborum tristitiam rei mitigamus. Condictio verò furtiva quamvis ex furto sit, non succedit tamen in locum actionis furti: sed præter actionem furti quæ datur pœnæ nomine, competit ad rei persequutionem. Nec obstat quoque *d. l. 9. §. vlt.* junctâ *l. 10.* quia, vt Accursius vidit, hæc verba *l. 10. Quamvis morte tutoris intereat,* referenda sunt ad actionem furti, damni injuriâ ex lege Aquilia; non ad condictionem furtivam, quam ad heredem omnino transire tot auctoritatibus jam confirmatum est.



De bonis vi raptis.

CAPVT II.

QVI res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quàm qui vi rapit: ideóque rectè dictum est eum improbum[1] furem esse. sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum quadrupli, post annum simpli: quæ actio vtilis est, etiam si quis vnam rem, licèt minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, & extra pœnam rei persequutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest & rei persequutio: vt pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum est enim[2] levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quàm qui clàm amovet.

A Iuliano l. 2. §. ceterum, vi bonor. rapt. & l. 14. §. 12. quod metus causa.

[1] DICTVM EST EVM IMPROBVM] Dictum est à Iuliano in *l. item si cum exceptione*, §. *qui vim*, *ff. quod metus causâ*, *l. 2.* §. *ceterum*, *ff. vi bonor. raptor.* & à Papiniano in *l. si vendidero*, §. *cùm raptor. ff. de furtis*, raptor dicitur omnino furtum facere, & fur manifestus existimandus; cùm nempe palam coactis hominibus, alteri rem suam petenti, & reclamanti eripit & extorquet. Nam si ex domo in qua nemo erat rapuerit, hominibus, puta, in hanc rem coactis, (vnde sumitur certa conjectura voluisse eum rapere) si deprehensus non sit, furti nec manifesti tenetur, *l. 52.* §. *vlt. ff. de furtis.* Et hoc propriè casu videtur à Prætore introducta hæc actio vi bonorum raptorum, cùm non videretur ei sufficere actio furti nec manifesti: ideóque tractatur de concursu hujus actionis, cum actione furti nec manifesti, in *l. 1. ff. vi bonor. raptor.* & in *l. si quis egerit* 88. *ff. de furtis*; non de concursu actionis furti manifesti: nam si manifestus raptor sit, potest agere dominus in quadruplum actione perpetua furti manifesti, quæ tota pœnalis est. Et certè hæc fuisse videtur mens Prætoris, vt hoc casu graviore actione agatur: & tamen, vt suadet *versic. quadruplum*, §. 1. *hoc tit.* licet actori vti actione leviori, & hoc quoque casu agere vi bonorum raptorum in triplum; quia ait, *Sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non.*

[2] RIDICVLVM ENIM EST] Cùm actio furti manifesti merè pœnalis sit, §. *ex maleficiis*, *infrà*, *de actionib.* & perpetua; absurdum enim putavit Prætor eam anno terminari, §. 1. *infrà*, *de perpetuis & tempor. act.* mitiùs agi videtur cum raptore, quàm cum fure, quando convenitur actione vi bonorum raptorum, quæ annalis est & mixta: nam intra triplum tantùm pœna stat, quà de causa in triplum dari dicitur *l. 9.* §. *quod illicitè*, *ff. de publican.* Vnde videtur contingere, quod tamen ridiculum esse visum est, vt durior sit conditio furis, quàm raptoris; qui tamen fur improbissimus dicitur *l. 14.* §. *qui vim intulit*, *ff. quod metus causâ*, & *l. 80.* §. *cùm ra-*

ptor. ff. de furtis. Sed observandum hanc actionem introductam à Prætore, non adversus raptorem manifestum, qui præsente, & reclamante domino rem rapuit, coactis, & armatis ad hoc hominibus: de quo non cogitavit Prætor; cùm competat actio gravissima in quadruplum, quam pœnam nulla actio excedit, *§. omnes, infrà, de actionib.* Sed adversus eum, qui ex loco in quo nemo erat abstulit, hominibus coactis & armatis: vnde certa ducitur conjectura eum rapere voluisse. Ille enim tenebatur tantùm actione furti nec manifesti in duplum, quia non erat deprehensus, *l. 52. si quis vxori, §. vlt. ff. de furt.* quæ cùm non videretur sufficere ad coërcendam raptoris improbitatem; hanc Prætor introduxit, quæ gravior est intra annum: cùm enim ex propria Prætoris jurisdictione substantiam capiat, anno terminatur, *§. 1. infrà, de perpetuis & temporalib. act.* post annum superest furti nec manifesti in duplum, quæ perpetua est. Post annum, inquam, non intra annum, licet etiam ei qui egit actione furti manifesti, proponere actionem vi bonorum raptorum; vt id quod amplius in ea est consequatur, *l. 1. ff. de vi bonor. raptor.* quia numquam actiones pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit, *l. 60. numquam, ff. de oblig. & act.* si scilicet levior primo loco proposita sit, *l. 34. qui servum, ff. eod.* Hanc autem actionem fuisse propositam à Prætore adversus raptorem nec manifestum, confirmare licet ex eo, quòd in jure crebrò fiat concursus actionis vi bonorum raptorum, & furti nec manifesti: contrà autem nusquam agatur de concursu actionis vi bonorum raptorum, & furti manifesti: quia numquam decurrimus ad Prætoriam cùm datur civilis, nisi cùm ampliùs est in Prætoria, quam in civili, *l. 3. §. ait Prætor, ff. nautæ caup. stabul.* ideóque de raptore deprehenso non cogitasse Prætorem in edicto verissimum est.

§. I. Quia tamen ita competit hæc actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus, suam rem esse existimans, & imprudens juris eo animo rapuit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam: meliùs divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, vt nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licèt suam eamdem rem existimet; sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere. sin autem aliena sit: post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solùm in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt: sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt, vt ex hac causa omni rapinâ homines abstineant.

§. II. In hac actione non vtique expectatur rem in bonis actoris esse. nam sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit [3], locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignerata, sive deposita sit apud Titium, sic vt intersit ejus eam rem non auferri, veluti si depositâ re culpam quoque promisit, sive bona fide possideat, sive vsumfructum in ea quis habeat, vel quod aliud jus, vt intersit ejus non rapi: *Ex Vlp. l. 2. §. in hac actione 22. vi bonor. rapt.*

dicendum est competere ei hanc actionem, vt non dominium accipiat, sed illud solùm, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clàm facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

*[1] SIVE NON SIT, SI TAMEN EX BONIS SIT] Ex his verbis apparet manifestè, differentiam esse inter, in bonis, & ex bonis: in bonis esse videtur, quod in dominio naturali est: vnde quis dicebatur dominus bonitarius, qui scilicet modo aliquo prodito jure gentium nactus fuerat dominium; ad differentiam quiritarii, id est illius qui dominus ex jure Quiritum dicebatur; quia modo aliquo jure civili introducto dominium erat adeptus. Quos modos acquirendi Vlpianus explicat in *Fragm. tit.* 19. *de dominiis & acquisit. rer.* Ex bonis autem dicitur esse hîc, id quod in dominio, aut patrimonio non est; sed in quo jus aliquod habemus, vt in casibus in contextu propositis apparet.

De lege Aquilia.

CAPVT III.

DAMNI injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam: cujus primo capite cautum est, vt si quis alienum hominem, alienámve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuriâ occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino[1] dare damnetur. *Ex l. 2. ad leg. Aquil.*

LEX Aquilia tribus capitibus omnia damna, quæ injuriâ dari possunt, comprehendebat: ideóque in *l.* 1. *ff. hoc tit.* omnibus legibus, quæ antea de damno injuriâ loquutæ sunt, dicitur derogasse; erant enim singulæ de certis damnorum generibus, quæ hac lege generaliter continentur: vt à Græcis in *l.* 1. *hoc tit. lib.* 60. *Basilicon*, hac de causa rectè dicatur καθολικὸς; quod tamen scholiorum auctores intellexisse non videntur, adnotantes Aquiliam generalem dici, quia non facit differentiam persecutionum.

* LEX Aquilia omnibus legibus, quæ ante se de damno injuriâ dato loquutæ sunt, derogavit, vt est in *l.* 1. *ff. hoc tit.* tribus enim capitibus omnia damna quæ injuriâ dari poterant comprehendebat. In principio de servo occiso, aut quadrupede quæ pecudum numero est agebat, *l.* 2. *ff. eod.* eúmque qui occidisset ita coërcebat, vt præstare æstimationem cogeretur quanti plurimi fuisset anno retrò. In tertio capite de cetero omni damno loquebatur, si quid vstum, fractum, ruptum, id est corruptum, injuriâ fuisset, *l.* 27. *si servus*, §. *tertio autem capite*, *ff. eod.* eúmque qui damnum dederat, quanti ea res fuisset in triginta diebus proximis, tantum æs domino dare damnabat. Secundum caput, quod abiit in desuetudinem, si domino Cujacio fides in *Paratit. ff.* fuit de qualibet alia ratione damni dati; etiamsi non fuisset læsa res nostra, sed intercepta fortè vtilitas quædam; vt ipse probare nititur ex Plinii loco, *lib.* 9. *naturalis hist. cap.* 59.

[1] TANTVM

¹ TANTUM DOMINO] *L.* 11. §. *legis, ff. hoc tit.* quod accipiendum est de directa; vtilem enim dari ei qui domini loco est, vtilitatis causâ tandem receptum fuit, §. *vlt. d. l.* 11.

§. I. Quod autem non præcisè de quadrupede, sed de ea tantùm quæ pecudum numero est, cavetur: eò pertinet vt neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intellegamus, sed de iis tantùm quæ propriè pasci dicuntur: quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Marcianus in suis Institutionibus refert: *Ex L. 2. §. 2. vi bonor. raptor.* *Ex Marciano l. 65. §. pecoribus, de leg. 3.*

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον. αἱ δὲ νέμονται
Παρ̀ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

§. II. Injuriâ autem occidere intellegitur, qui nullo jure occidit². Itaque latronem qui occidit, non tenetur: vtique si aliter periculum effugere non potest.

² QVI NVLLO IVRE OCCIDIT] Iure licet occidere in casu notato *hoc loco*, ex jure gentium, & legib. XII. tab. *l. vt vim. ff. de justitia & jure, l. 4. ff. hoc tit.* & in pancratio, & certaminibus Græcis, de quibus in *l. vnica, C. de athletis*; quia gloriæ & virtutis causâ, non injuriæ gratiâ id fit, *l. 7. §. si quis in colluctatione, ff. hoc tit.* Sed addit, si cedentem vulneraverit, esse Aquiliæ locum; id est victoriam cedentem, & vt est in veteri proverbio, herbam porrigentem: quod in illum Virgilii versum,

Et vittâ comptos voluit prætendere ramos,

Servius ex Varrone notat: *Cum*, inquit, *in agonibus herbam in modum palmæ dat aliquis ei, cum quo contendere non conatur, & fatetur esse meliorem.*

§. III. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit: si modò culpa ejus nulla inveniatur. nam alioquin non minùs quàm ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur.

§. IV. Itaque si quis dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum transjecerit, distinguitur. Nam si id à milite in campo³, eóve vbi solitum est exercitari, admissum est: nulla culpa ejus intellegitur. si alius tale quid admisit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quàm qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

³ A MILITE IN CAMPO] Vnde & Campidoctor, sub quo Romani tyrones exercebantur, Iuvenalis *Satyra* 5.

Qui tegitur parmâ & galeâ, metuénsque flagelli
Discit ab hirsuta jaculum torquere capella.

Vbi maximus Scaliger legendum esse voluit *hirsuto*; quia Capella, inquit, fuit proprium nomen campidoctoris. Sed nil mutandum est; quia amentum intelligit quod fit ex pelle capellæ, vt legi in veteri glossa optimi lib. manuscripti. Dicit autem jaculum torquere ab hirsuta capella, id est ab amento, juxta illud Virgilii,

Intendunt acres arcus, amentaque torquent.

§. V. Item si putator [4] ex arbore dejecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, vt casus evitari posset, culpæ reus est. si proclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intellegitur, si seorsum à via fortè, vel in medio fundo cædebat, licèt non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi. *Ex Paulo l. si putator 31. vi bonor. rapt.*

[4] ITEM SI PVTATOR] Hunc locum totidem fere verbis exprimit Theodoretus *Sermone 12.* περὶ πρακτικῆς ἀρετῆς, nominatim notans his peccatis leges dare veniam.

§. VI. Præterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est. *Ex Caio l. idē juris est ad l. Aquil.*

§. VII. Imperitia quoque culpæ [5] adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quòd eum malè secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit. *Ex Caio d. l. idem juris est. & Vlp. l. illicitas. §. sicuti, de offic. præsid.*

[5] IMPERITIA QVOQVE CVLPÆ] Vt si diatretarius calicem ex gemma perforandum susceperit, & per imperitiam fregerit, *l. 27. §. si calicem, ff. hoc tit.* his enim calicibus ex gemma confectis veteres vtebantur: Pacatus Drepanius in *panegyrico*, *Nisi æstivâ in gemmis capacibus glacie falerna fregissent.* D. Cyprianus in *epist. ad Donatum*, *Suspirat ille in convivio, bibat licèt gemmâ.* De hoc artificio, quo solebant gemmas perforare, D. Hieronymus loquitur *lib. 15. in Isaiam, cap. 54. Symmachus*, inquit, *& Theodotio* γλυφῆς, id est sculpturæ: *Aquila* τετρυπημένου *posuit, quod verbum foratarum, cælatarúmque gemmarum sensum sonat.*

§. VIII. Impetu quoque mularum quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior retinere potuisset, æquè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui quum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit. *Ex Caio d. l. idem juris est. ad leg. Aquil.*

§. IX. His autem verbis legis: Quanti in eo anno [6] plurimi fuerit, illa sententia exprimitur: vt si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit occiderit, qui in eo anno integer & pretiosus fuerit: non tanti is teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Quâ ratione creditum est pœnalem esse [7] hujus legis actionem: quia non solùm tantum quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longè pluris. Ideóque constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum numquam lis æstimaretur. *Ex l. 21. ad leg. Aquil.*

[6] QVANTI IN EO ANNO] Egreditur enim retrorsum judicii accipiendi

tempus, *l. 2. §. quæsitum, ff. de privatis delict.* id est, vt Accursius rectè exposuit, tempus quo post delictum admissum, statim judicium accipi potuit. Aliud obtinet in condictione furtiva: quamvis enim in ea tempus spectandum sit, quo res vnquam plurimi fuit, *l. 8. §. vlt. de condict. furtiva*; æstimatio tamen fieri debet non retrorsum, sed à tempore delicti admissi, vsque ad tempus rei judicatæ.

* 7 CREDITVM EST POENALEM ESSE] Cùm hæc actio datur in confitentem in simplum, non esse pœnalem videbatur dicendum; sed tunc tantùm, cùm ex inficiatione crescit in duplum, *l. 2. §. 1. ff. hoc tit.* Verùm cùm illa sui naturâ non spectet tempus damni dati, sed recurrat ad annum aut mensem retrò; intra quod tempus potest contingere, vt res majoris pretii fuerit: meritò creditum est eam pœnalem esse, & in heredem non transire. Illa autem soli domino, & adversus dominum competit, *l. 11. §. legis autem, ff. eod.* ideóque servi occidentis nomine dominus tenetur, bonæ fidei possessor non tenetur, *d. l. 27. §. servi autem, ff. eod.* Vtilis tamen datur bonæ fidei possessori, vsufructuario, & similibus, *d. l. 11. §. sed si servus, & seq.* Et adversus bonæ fidei possessorem datur, non vt servum actoris faciat, sed vt toto jure suo cedat. Vtilem quoque actionem suo nomine liber homo habet, si vulneratus sit, non directam; quia hæc lex emendat damnum rebus nostris datum, quæ de patrimonio diminuto agit: at nemo habet in patrimonio membra sua, *l. 13. liber homo, ff. eod.*

§. X. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit: non solùm perempti corporis æstimationem habendam esse secundùm ea quæ diximus: sed eò ampliùs quidquid præterea perempto eo corpore, damni nobis allatum fuerit: veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quàm jussu tuo adiret. nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum vnam, vel ex quadriga equorum vnum occiderit, vel ex comœdis vnus servus occisus fuerit: non solùm occisi fit æstimatio, sed eò ampliùs id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt. *Ex d. l. 21. §. vlt. ad leg. Aquil.*

§. XI. Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere. *Ex l. 23. §. si dolo, ad leg. Aquil.*

§. XII. Caput secundum[8] legis Aquiliæ in vsu non est.

[8] CAPVT SECVNDVM] Ad cap. 2. legis Aquiliæ vide, si placet, quæ D. Cujac. scripsit in *Paratit. ff. & Cod. hoc tit.* Ad caput 3. *cap. 25. lib. 27. Obs.*

§. XIII. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit: sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit: hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ animâ carent: damnum injuriâ datum, hac parte vindicatur. Si *Hujus capitis verba vide apud Vlp. l. si servus. §. tertio autem, ad leg. Aquil.*

EEe ij

quid enim vstum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur, quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. Vnde non solùm fracta, aut vsta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquomodo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum, aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur: ex hac parte legis eum teneri.

A Celso scilicet, d. l. si servus, §. cum eo.

§. XIV. Illud palàm est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpâ ejus homo, aut quadrupes occisus occisave fuerit: ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, de cetero damno quemque teneri. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.

§. XV. Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. Sed Sabino rectè placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset. nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quòd prima parte eo verbo vsa est.

Ex Vlp. l. 29. §. vlt. ad leg. Aquil.

§. XVI. Ceterum placuit [9], ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideóque in eum qui alio modo damnum dederit, vtiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, vt fame necaretur: aut jumentum tam vehementer egerit, vt rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, vt præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, vt in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, & is ascendendo vel descendendo, aut mortuus, aut aliquâ corporis parte læsus fuerit: vtilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum, aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit: eò quòd projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intellegi poterit: ideóque ipsâ lege Aquiliâ tenetur. Sed si non corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit: quum non sufficiat, neque directa, neque vtilis Aquilia: placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordiâ ductus, alienum servum compeditum solverit, vt fugeret.

Ex Vlp. l. 9. §. si quis hominem, ad leg. Aquil.

Ex Vlp. l. qua actione, §. sed si quis, eod.

Ex Caio l. & eleganter, §. idem Labeo, de dolo mal. Vlp. l. 7. depositi.

[9] CETERUM PLACUIT] Ordo actionum qui in *hoc* §. proponitur, maximè est observandus: illæ enim non fuerunt vnâ & simul omnes proditæ, sed paulatim auctæ vsu ita exigente, *l. 2. §. augescente civitate, ff. de orig. jur.* & *l. 1. ff. de præ-*

script. verb. Et primò quidem compositæ sunt ex verbis ipsarum legum quædam, quæ directæ dictæ sunt; quia in casibus expressis, secundùm verba ipsarum legum dirigebantur. Iis deficientibus, ad exemplum ipsarum, ex mente & sententia legis, ita suadente vtilitate, à prudentibus introductæ sunt aliæ: quæ ideo vtiles dicunrur; quia vtilitas, quæ justi propè mater & æqui est, eas extorsit, *d. l. 1. ff. de præscriptis verbis.* Denique, vbi verba legum & mens deficit, æquum tamen est actionem dari propter similem rationem; tum, quia id prudentum interpretatio efficere non potest, necesse est recurrere ad aliud interpretationis genus, quod ex Prætoris jurisdictione oritur. Prætor autem non tantùm interpretari, sed etiam supplere potest id quod juri civili deest, colore ab ipso jure civili petito, vt suprà diximus in *tit. de bonor. possess.* Qui ordo manifestissimè elucet, dum agitur de damno injuriâ dato ex lege Aquilia. Nam adversus eum qui corpore suo corpori damnum dedit, occidit, puta, fregit, aut corrupit injuriâ: datur directa actio; quia ille casus verbis legis apertè continetur, *l. 2. & l. 27. §. tertio capite, ff. hoc tit.* In eum autem qui occasionem damni, vel mortis præbuit, puta pecudes, aut hominem inclusit vt fame necaret: datur vtilis, *l. 9. §. si quis hominem, l. 29. §. si funem, l. 53. boves, ff. hoc tit.* quia damnum dedisse, aut occidisse intelligitur; quamvis enim non suo corpore, corpori tamen dedisse damnum certum est. At cùm quis neque suo corpore, neque corpori damnum dedit; sed alio modo, puta servum alienum compeditum ductus misericordiâ solvit vt fugeret: cùm non sufficiat neque directa, neque vtilis; decurrendum est ad Prætoriam in factum: quia æquum est damnum resarciri, vt explicat Iustin. in *hoc §.*

De injuriis.

CAPVT IV.

GENERALITER injuria dicitur, omne quod non jure fit[1]. specialiter, aliàs contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: aliàs culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriæ accipitur: aliàs iniquitas & injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. quum enim Prætor vel judex[2] non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur. *Ex Vlp. l. 1. de injuriis.*

[1] QVOD NON IVRE FIT] Quintilianus declam. 265. *Si id est vtriusque nostrûm confessione injuria, quod manifestum est non esse jure factum.*

[2] CVM ENIM PRÆTOR VEL IVDEX] Cùm Prætor jure antiquo non judicaret, sed judices daret qui pronuntiarent; quibus formulam judicandi præscribebat: antequam Imperatores Diocletianus & Maximianus magistratibus injungerent, vt in his causis, in quibus antè non poterant judicare, sed judices pedaneos dabant, notionis suæ examen adhiberent, vt dicitur in *l. 2. placet, Cod. de pedan. judicib.* videbatur dicendum non potuisse locum habere quod hîc docet Iustin. sed hoc tantùm obtinuisse post *d. constitutionem*, quæ judicandi necessitatem eis imposuit. Sed observandum, illis quoque temporibus Prætores in causis extraordinariis,

in quibus nulla erat prodita actio, causâ examinatâ pronuntiasse; vt in fideicommissis obtinuisse docet Vlpianus in *Fragm. tit. 25. de fideicommiss. Fideicommissa*, inquir, *non per formulam petuntur, vt legata; sed cognitio est Romæ quidem Consulum, aut Prætoris, qui fideicommissarius dicitur.* In causis igitur cognitionis, in quibus Prætor pronuntiabat, poterat inferre injuriam ei contra quem pronuntiasset: & post constitutionem Diocletiani & Maximiani, etiam in causis ordinariis.

§. I. Injuria autem committitur non solùm quum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit. sed & si cui convitium factum fuerit: sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intellegebat nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen, aut historiam scripserit, composuerit, ediderit, dolóve malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatámve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est. *Ex Vlp. l. 15. §. si quis, de injur.* *Ex l. 10. eod.*

§. II. Patitur autem quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per vxorem suam, id enim magis prævaluit [3]. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris: non solùm filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contrà autem si viro injuria facta sit, vxor injuriarum agere non potest. Defendi enim vxores à viris, non viros ab vxoribus æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest. *Ex l. 1. §. vlt. de injur.* *Ex l. 2. eod.*

*3 PER VXOREM SVAM, ID ENIM MAGIS PRÆVALVIT] Hæc verba indicant, diversas fuisse Iurisconsultorum sententias in ea scilicet vxore, quæ non convenerat in manum: nam in ea quæ convenerat, cùm esset in familia & potestate mariti, & filiæ loco, & quasi soror consanguinea communibus liberis; nulla poterat esse ratio dubitandi: & tandem obtinuisse, competere injuriarum actionem marito; cùm propter conjunctionem personæ ipsi etiam facta injuria intelligatur.

§. III. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intellegitur [4], sed domino per eos fieri videtur. non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & vxores: sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum verberaverit, & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit: nulla in eum actio domino competit. *Ex d. l. item, §. in verbis, de injur.*

*4 NVLLA INIVRIA FIERI INTELLEGITVR] Inspecto scilicet jure civili, aut Prætorio, cujus non habet communionem: aliud jure naturali, quo omnes homines æquales sunt, *l. 32. quod attinet, ff. de reg. jur.* Iuris ergo civilis intelle-

ctu non ipse, sed dominus injuriâ afficitur. Neque hanc sententiam impugnat quod asserit deinde Iustin. aliter æstimari injuriam in servo actore, aliter in mediastino, aliter in compedito: quibus verbis innuere videtur minui, aut crescere æstimationem injuriæ, secundùm qualitatem, & conditionem servorum; vt in liberis hominibus secundùm gradus dignitatum, vitæque honestatem. Sed respondeo hoc tantùm fieri intuitu & contemplatione domini; quia major ei videtur injuria inferri, pro qualitate, id est conditione servi: quamvis enim æquales sint omnes servi, tamen propter officia, seu ministeria quæ exhibent, differunt.

§. IV. Si communi servo [f] injuria facta sit, æquum est non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri: sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria. *Adversus Padium. l. 16. de injur.*

[f] Si communi servo] Et hoc quoque loco manifestè pugnat Caius, cum sententia Pædii relata à Paulo in *l. 16. ff. hoc tit.* quod & D. Cujacius agnovit. Addendus est igitur ceteris suprà à me notatis, in quibus Caii sententia adversatur iis, quæ in Pandectis ex posterioribus Iurisconsultis retulit Tribonianus

§. V. Quòd si vsusfructus in servo Titii est, proprietas Mævii: magis Mævio injuria fieri intellegitur. *Ex l. item. §. si vsumfructum, de injur.*

§. VI. Sed si libero, qui tibi bonâ fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit: nisi in contumeliam tuam pulsatus sit, tunc enim competit & tibi injuriarum actio. idem ergo est & in servo alieno bonâ fide serviente: vt totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit. *Ex d. l. item. §. item si liberum, de injur.*

§. VII. Pœna autem injuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os verò fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare: vt judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriarum, quæ ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundùm gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. qui gradus condemnationis & in servili persona non immeritò servatur: vt aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.

§. VIII. Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quòd se pulsatum quis, verberatúmve, domúmve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit.

§. IX. Atrox injuria æstimatur vel ex facto: veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus. vel ex loco: veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit. vel ex persona: veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili injuria facta sit, aut parenti patronóve fiat à liberis vel libertis. Aliter enim Senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit: veluti si in oculo quis percusserit. Parvi autem refert vtrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit. nam & hæc atrox æstimabitur. *Ex l. 7. in fine. de injur.*

§. X. In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et si quidem civiliter agatur, æstimatione facta secundùm quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, vt viri illustres, quíque super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundùm ejus tenorem, qui ex ipsa manifestiùs apparet.

§. XI. Non solùm autem is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, id est, qui percussit: verùm ille quoque continebitur, qui dolo fecit vel curavit, vt cui mala pugno percuteretur. *Ex l. non solùm 11 de injur.*

§. XII. Hæc actio dissimulatione aboletur[6]. & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim vt passus, ad animum suum non revocaverit: postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere. *Ex d. l. non solum §. 1. de injur.*

* 6 DISSIMVLATIONE ABOLETVR] Hæc actio facillimè tollitur; quamvis enim regulariter pactum non tollat, sed eludat tantùm actionem, §. *præterea, infrà, de exceptionib.* pactum tamen ipso jure tollit injuriarum actionem, *l. 17. si tibi, §. 1. ff. de pactis*; quia legitimum est, id est lege XII. tab. confirmatur, *Si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto.* Deinde dissimulatione aboletur, si non contestatus sit illicò is cui injuria facta est, se eam ad animum revocare: ex æquo enim & bono est, in bonum & æquum concipitur, *l. 34. qui servum, ff. de oblig. & action. l. 17. §. servus, ff. hoc tit.* æquum autem non est, ex pœnitentiâ remissa posse revocari, *l. 11. non solùm, § injuriarum, ff. hoc tit.* sed contrà brevissimo tempore constringi: ideóque ex quacumque causa anno continuo terminatur, *l. 5. si non convitii, Cod. hoc tit.*



De

De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.

CAPUT V.

SI judex litem suam fecerit[1], non propriè ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intellegitur, licèt per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri: & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

Ex Caio l. ult. de variis, & extraordin. cognit. l. 5. §. si judex, de oblig. & action.

CULPAM ex qua quis non suo corpore, vel per causam sui corporis, sed alio modo alterum lædit; non vindicari actione legis Aquiliæ directâ, vel utili, sed actione in factum Prætoriâ, habuimus suprà in §. *ult. de leg. Aquilia*. Idem contingit in tribus casibus hoc loco propositis. Primus est de judice dato à magistratu, qui peritiam juris præstare tenetur, *l. 2. ff. quod quisque jur.* vel, ut Iustin. loquitur in *Novella* 82. scientiam νόμων, καὶ πείρας: ubi πεῖραν vocat continuatam & tritam meditationem usus forensis. D. Chrysost. *hom.* 18. *in epist. ad Corinth.* 1. *cap.* 16. δικασταὶ νόμων ἔμπειροι καὶ ῥητορείας: ubi ῥητορεία est causidicina, ex qua trita & continuata meditatio forensis.

Hic autem judex si malè judicavit, litem suam facere dicitur, id est litis alienæ suscipere periculum, *l. 2. l. 16. C. Th. Quorum appellationes non recipiantur:* quo sensu Seneca *de consolatione ad Polybium, Quid cessas; conqueramur, atque adeò hanc litem meam facio.* & apud Macrobium *lib. 2. Saturn. cap. 12. Caius Titius vir, ut ait, ætatis Lucilianæ, in oratione qua legem Fanniam suasit,* &c. *eleganter describens homines prodigos in forum ad judicandum ebrios commeantes,* &c. *Inde, inquit, ad comitium vadunt, ne litem suam faciant.* Et litem quidem suam facere dicitur, licèt per imprudentiam, non dolo malo judicaverit. Additâ tamen hac distinctione, ut si dolo malo, omnino hac pœnâ præter criminalem & extraordinariam plectatur; ut veram æstimationem litis præstare teneatur cum damno æstimationis, id est cum infamia, *l. 15. §. 1. ff. de judiciis, l. 2. C. de pœna judicis qui malè judicavit*; etiam in casu quo sententia est ipso jure nulla, puta si fuerit pecuniâ corruptus, *l. venales, C. quando provocare non est necesse*, junctâ *d. l. 2.* & in *d. l. 15.* §. 1. Tunc litem suam propriè facere intelligitur, cùm dolo malò judicat; quia omnino & indistinctè veram litis æstimationem præstare tenetur: quo tamen casu in principio *d. legis* 15. Iurisconsultus docet filiofam. judici litem suam facienti esse parcendum; ut in eam tantùm quantitatem teneatur, quæ tum fuit in peculio cùm sententiam dixit. Filiusfam. judex dari potest, quod jam docuit in *l. 12. §. ult. eod. tit.* sed quemadmodum puberem judicem dari posse ait *d. l. 12. §. pen.* qui tamen excusatur si minor viginti annis sit, nec cogitur judicare, *l. cum lege Iulia, ff. de recept. qui arbitr. recaper.* ut & eruditè D. Cujac. observat ad *l. 1. qui ætate se excusant, lib. 10. Cod.* ita quoque filiusfam. judex dari potest, imò judicare cogitur: sed in hoc saltem relevatur, ut ex hoc necessario judicandi munere, *l. ult. §. judicandi quoque necessitas, ff. de munerib.* in eam tantùm quantitatem teneatur, quam in peculio habuit. Quod, ut de eo qui bonis cessit dicitur in §. *ult. infrà, de action.* humanitatis ratione receptum fuisse

videtur in filiofam. qui nihil proprium habere censetur. *Vlp.lib.reg. tit. de testamentis, Filiusfam. testamentum facere non potest; quia nil suum habet.* Ideóque, vt M. Tull. ait in *orat. pro M. Cælio*, nullas tabulas conficiebat. Eâdem æquitate nititur edictum propositum in *l. 2. ff. quod cum eo qui in aliena*, vt in id rantùm quod facere potest teneatur. Et in difficiliori igitur casu accipio initium *d.l.* 15. vt nunquam filiusfam. judex datus in plus teneri possit, quamvis dolo fecerit litem suam: quasi id partibus imputandum sit, quæ in filiumfam. judicem datum consenserunt, vt plerumque fit, *l. ex consensu, ff. de appellationib.*

Si verò, vt redeam ad alterum membrum distinctionis, judex datus litem suam fecerit per imprudenriam; æquitas actionis, quæ in æquum & bonum concepta dicitur, hoc efflagitat, vt habeatur ratio damni dati, vt quatenus intersit condemnetur judex; vt fit in actione de sepulchro violato, cujus eadem est formula in æquum & bonum, *l. 3. l. pen. ff. de sepulchro viol.* vt Vlp. exposuit in *d. l. 3. §. qui de sepulchri.* Idem quoque observatur in actione Prætoria de injuriis, quæ eamdem quoque formulam habet, *l.17. §. servus, ff. de injuriis, l. qui servum, ff. de oblig. & act.* Idem in actione de dejectis & effusis ejusdem quoque formulæ, quæ datur in eum qui nocet libero corpori, *l.1. ff. de his qui effuderint vel dejecerint, versic. si verò, §. 1. hoc tit.* In quibus omnibus actionibus quamvis eadem formula sit, quæ rem permittit religioni judicantis; tamen præstatur id quod revera interest, in quo æstimando versatur religio judicis. Nam si mihi per iniquam sententiam res mea omnino abest, quia non porui appellare, vt in *l.8. §.vlt. ff. mandati*; quare hoc casu in id omne quod interest judex non erit condemnandus, perinde ac si dolo malo judicasset: quid enim refert, inquit eleganter *l. si per imprudentiam, 51. ff. de evictìon.* sordibus judicis, an stultitiâ res perierit.

Nec quidquam huic definitioni obstat formula actionis in æquum & bonum concepta; quia, vt jam præmonui, hunc intellectum habet vt contineat id quod interest, damnum quod revera datum est, vt loquitur *l. vnica, C. de sententiis, quæ pro eo quod interest*, hoc interpretes vocant interesse verum & commune, non singulare: quod & Bartolo in mentem venisse reperio in *quæst. 9.* vbi hunc locum ex professo, &, vt loquitur, cum apparatu tractat; adductâ in hanc rem *d.l. 1. ff. de iis qui dejecerint vel effuderint.* Si verò appellavit; quia & hoc casu non dubito agi quoque posse hac actione in factum: vel quia pœnalis est nec datur in heredem, vel patrem de peculio; vel quia competit etiam cùm sententia nulla est, vt jam docui; vel quia interesse potest ejus contra quem malè pronuntiavit: hoc inquam casu condemnandus erit judex non in rotam litis æstimationem, sed in sumptus, puta, in litem factos, prout religio judicanris æquum esse judicabit; vt Cornelius Nepos, vel Æmilius Probus, Miltiade damnato ob rem malè apud Parum insulam gestam, ait litem fuisse ei quinque talentis æstimatam, quantus in classem sumptus factus erat. Qui ergo judicavit malè per imprudentiam, in plus vel minus arbitrio judicis æstimandum teneri potest; habitâ ratione ejus quod revera interest: qui dolo malo, perpetuo veram litis æstimationem præstat. Et hoc casu, opinor, res ab ipso actore æstimatur addito jurejurando in litem, vt fit in actione de dolo, *l. arbitrio, ff. de dolo.* Sed præterea plectitur criminali, & extraordinariâ coërcitione, vt in specie *l. 4. ff. de custod. & exhib. reor.* quod & in filiofam. locum habere non est dubitandum; quia ei tantùm succursum est in pœna pecuniaria, habitâ ratione facultatum.

*¹ SI IVDEX LITEM SVAM FECERIT] Non omnis judex qui malè judicat eodem modo plectitur: nam est distinguendum; an per errorem & imprudentiam

tiam hoc faciat; an per ambitionem & gratiam; an denique per turpitudinem & sordes. Cùm per imprudentiam; tenetur quantum religioni judicantis videtur æquum, *l. vlt. ff. de variis & extraordinar. cognit.* id est tenetur præstare id quod revera interest, in quo æstimando versatur religio judicantis. Cùm per ambitionem; in solidam litis æstimationem tenetur, & præterea notatur infamiâ. At cùm pecuniâ corruptus; non tantùm solidam litis æstimationem præstat, & infamiâ afficitur, *l. 2. Cod. de pœna judic. qui malè judic.* sed etiam criminali judicio tenetur, & sententia ipso jure nulla est, *l. venales, Cod. quando provocare non est necesse.*

Ex l. 1. de his qui effuder. vel dejecer. l. 5. §. is quoque, de oblig. & action.

§. I. Item is ex cujus cœnaculo[1], vel proprio ipsius, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusúmve aliquid est, ita vt alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intellegitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte qua vulgò iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest si ceciderit alicui nocere. quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo verò quod dejectum effusúmve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat nocitúmque ei esse dicatur: quantum ob eam rem æquum judici videtur actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteráque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operarum quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est.

[1] ITEM IS EX CVIUS COENACVLO] Sequitur secundum exemplum obligationis quasi ex maleficio, quâ tenetur is, ex cujus cœnaculo quid dejectum vel effusum est. In cœnaculis Romanam plebem habitasse docet Prudentius *adversus Symmachum*,

Omnis qui celsa scandit cœnacula vulgus,
Quique terit silicem variis discursibus atrum.

Vitruvius *lib. 2. cap. 8. Cùm recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in vrbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coëgit devenire. itaque pilis lapideis, structuris testaceis, parietibus cæmentitiis altitudines exstructæ, contignationibus crebris coaxatæ, & cœnaculorum vtilitates summas perficiunt, & despectationes.* Tertull. *adversus Valentinianos, Primus enim omnium Ennius Poëta Romanus cœnacula maxima cæli pronuntiavit, elati situs nomine.* Ex quibus colligimus de superioribus locis, in tam numerosa plebe casus fuisse valde periculosos; & meritò Prætorem proposuisse edictum, quo actionem promittit adversus eum, ex cujus cœnaculo aliquid dejectum vel effusum est: quo casu non tenetur ex sua culpa, sed alterius, puta, inhabitantis; & tamen est aliquatenus culpæ reus, qui tam negligentes homines in suis ædibus habitare permittit. Est igitur hæc actio comparata à Prætore ad similitudinem actionis, quæ ex lege Aquilia datur; & de ea tractatur in *tit. ff. de iis qui effuderint vel dejecerint*, à *l. 1. vsque ad l. 5. §. Prætor ait.* Eodémque tit. proponitur & alia actio adversus eum, qui aliquid in suggrunda, vel protecto suspensum

habet, cujus casus periculosus sit: suggrundæ sunt projectiones ligneæ, quæ ab Herodiano in *fine lib.* 7. dicuntur ἐξοχαί.

*[2] ITEM IS EX CVIVS COENACVLO] Ex superioribus ædium locis, in quibus humilis plebs habitare solebat, periculosos fuisse casus, & periculosissimas dejectiones constat ex Iuvenalis *Sat.* 3.

Respice nunc alia, ac diversa pericula noctis;
Quod spatium tectis sublimibus, vnde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa & curta fenestris
Vasa cadant, quanto percussum pondere signent,
Et lædant silicem. possis ignavus haberi,
Et subiti casus improvidus, ad cœnam si
Intestatus eas: adeò tot fata, quot istâ
Nocte patent vigiles, te prætereunte, fenestræ.

Ex quibus apparet, non sine summa ratione Prætorem proposuisse edictum, ex quo actionem promittit ei qui damnum passus est, adversus eum, ex cujus cœnaculo quid est dejectum, vel effusum; etiamsi ipse non effuderit, vel dejecerit. Atque ita ex facto alterius, servi scilicet, aut liberi hominis tenetur; quia aliquatenus culpæ reus videtur, qui tam negligentes homines in suis ædibus habitare permittit, *l.* 1. *in princ.* & §. *hac in factum, ff. de his qui dejecer. vel effuder.* Et quamvis hæc actio ad similitudinem actionis legis Aquiliæ sit comparata, est tamen gravior; quia etiam in confitentem in duplum est, *d. l.* 1. §. *hac in factum:* & popularis; publicæ enim vtilitatis est, sine metu, & periculo per itinera commeare, *d. l.* 1. §. 1. *& l.* 5. *si verò*, §. *vlt. ff. eod.* Imò antequam damnum datum sit æquè popularis actio est in eum, qui positum aut suspensum habet in publico aliquid, quod, si ciciderit, possit nocere, *d. l.* 5. §. *Prætor ait:* quo casu decem aureorum pœna constituta est: vtraque autem ex facto servi est noxalis, id est potest se liberare dominus dando corpus quod nocuit.

§. II. Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusúmve sit, sive quid positum suspensúmve habuerit, cujus casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod & in filiofamilias judice [3] observandum est, qui litem suam fecerit. *Ex l.* 1. § 7. *de his qui effuder. vel dejecer.*

[3] QVOD ET IN FILIOFAM. IVDICE] Non ex sententia Iuliani; dabat enim hanc actionem adversus heredem, *l.* 16. *ff. de judiciis*, ergo & adversus patrem de peculio: sed, vt Vlp. ait in *d. l.* 1. sententia Iuliani non fuit admissa.

§. III. Item exercitor navis, aut cauponæ [4], aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur. si modò ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exerceret. Quum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quòd opera malorum hominum vteretur: ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in *Ex l.* 5. §. *item exercitor, de oblig. & act.*

factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

⁴ ITEM EXERCITOR NAVIS AUT CAUPONÆ] Hoc quoque tertio & vltimo casu, nascitur obligatio quasi ex maleficio; & datur actio pœnalis Prætoria in duplum adversus nautas, caupones, stabularios comparata, vel ad exemplum legis Aquiliæ, vel ad exemplum actionis furti; de damno injuriâ dato, vel furto facto in navi, cauponâ, stabulo; vectoribus, aut viatoribus; ab iis quorum operâ navem, cauponam, stabulum exercent; sive liberi sint, sive servi alieni: quia suo periculo eorum operâ vtuntur, & in quoddam culpæ genus incidere videntur, quòd vtantur operâ malorum hominum, *l. vtique, ff. de rei vindicat.* De actione quæ datur ad exemplum actionis furti tractatur proprio titulo, *ff. furti adversus nautas caupones stabul.* De actione verò quæ datur ad exemplum legis Aquiliæ de damno injuriâ dato, in *l. pen. §. in factum*, & *l. vlt. ff. nautæ caupones.* Fuerunt autem hæ actiones necessariæ adversus hoc hominum genus, quod plerumque malè solet audire, Horat. *satyr. 5. lib. 1.*

Inde forum appi
Differtum nautis, cauponibus, atque malignis.

Et *Satyra* 1. *Perfidus hic caupo.*

Quod & D. Cujac. diligenter exposuit, *lib. 27. Obs. cap. 31.*

* ⁴ ITEM EXERCITOR NAVIS] Ex damno dato, aut furto facto ab iis, quorum opera & industria vtuntur exercitores navis, caupones, & stabularii; datur in ipsos actio ad exemplum actionis furti, vel legis Aquiliæ comparata; vt apparet ex *titulo, nautæ, caupones, stabularii, vt recepta restituant*; & *titulo, furti adversus nautas caupones, & stabular.* quas introduxit Prætor, vt innotesceret curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, *l. 3. §. ait Prætor, ff. nautæ, caupones, stabul.* illi enim homines vulgò malè audiunt. In istis autem alia est propriorum servorum causa, alia alienorum: in servo enim proprio, ignoscendum est domino quasi in domestico malo, si noxæ dedere paratus sit: qui autem alienum servum adhibuit, quasi in libero homine tenetur in solidum, *l. 1. §. servi, ff. furti adversus nautas, caupones & stabul.* nam cùm alienos adhibet, explorare debet cujus fidei, cujus innocentiæ sint: in suis venia dignus est, si tales quales adhibuit, *l. vlt. §. servorum, ff. nautæ caup. stabul.*

De actionibus.

CAPUT VI.

SUPEREST vt de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est quàm jus[1] persequendi[2] in judicio[3], quod sibi debetur[4]. *Ex Celso l. nihil, de oblig & act.*

¹ ACTIO NIHIL ALIUD EST QUAM IUS] Si dicas cum D. Cujacio in hac actionis definitione jus esse formulam; quia olim actiones habebant formulam certam, & passim dicuntur formulæ in locis notissimis; has enim ne populus prout vellet institueret, certas & solemnes voluerunt esse veteres, *l. 2. §. deinde ex legib.*

ff. de orig. juris. Certas, id est nominatas, proprio & certo nomine donatas, *l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.* non vt idem magnus vir voluit in *comment. ad d. tit.* certas ad numerum. Eadémque formâ certos contractus dici nominatos; incertos verò innominatos in *l. 9. ff. de reb. credit.* & in *l. 1. §. debitum autem ex quacumque causa, ff. de constituta pecun.* vt & ex jure augurio, vel augurali Varro observat *lib. 4. de lingua Latina*, agrum certum dici, qui certum nomen habet, hosticum, peregrinum, Romanum, Gabinum : incertum verò qui nomen non habet. Solemnes autem vocat *d. l. 2.* propter verborum solemnitatem, quæ certâ verborum conceptione constabat. Si, inquam, dicas hoc loco jus esse formulam; excludis ab hac definitione ingentem numerum vtilium actionum, tam civilium, quàm Prætoriarum; quæ cùm deficiunt legum & edictorum formulæ & verba, vtilitate suadente ad speciem propositam, sine vlla conceptione solemni accommodantur, *vulg. l. actio, ff. de neg. gest.* Excludis actiones, quæ præscriptis verbis, & in factum dicuntur, *ff. in tit. de præscriptis verbis.* Et tamen hæ omnes actiones, non minùs quàm directæ directis & legitimis verbis conceptæ, ætate Celsi hujus definitionis auctoris frequentabantur, & in vsu erant; nec minùs dicuntur jura persequendi quod sibi debetur. Imperfecta ergo erit definitio Celsi, si eam pertinere tantùm dicamus ad actiones illas directas, certo verborum numero demensas, ad actiones quæ certas formulas habent, tandem à Constantino sublatas, *l. 1. C. de formul. action. & impetrat. sublat.*

Et quidem, si verum amamus, voluit Celsus hujus definitionis ambitu complecti omnem actionem, quâ de quacumque re apud judices, arbitrósve experiri licet. ideóque rectè vtitur generali nomine juris, quod plerumque accipitur pro potestate & facultate, quæ à lege, vel quo alio jure datur: Vt in definitione vsusfructus, vsusfructus est jus vtendi fruendi: servitutis tam vrbanæ, quàm rusticæ; & bonorum possessionis, quæ in *l. 3. §. bonorum igitur possessionem, ff. de bonorum possess.* iisdem fere verbis dicitur esse jus persequendi, retinendique patrimonii. Ad quam definitionem respiciens vetus glossarium manuscriptum Ancilembi, *Bonorum possessio*, inquit, *est jus possessionis certo ordine, certóque titulo*; quod nempe à Prætore in edictis, certis personis variis ex causis promittitur, & dari solet à Prætore : & tamen, quod notandum, in his libris passim competere dicitur. Quod & de actione, id est hoc jure persequendi dicere licet; jus enim est, quod mihi ex lege, vel edicto competit, & dari tamen passim quoque dicitur. Ius, inquam, est, quod mihi competere dicitur, antequam postuletur, vel formula edatur, excipiatur, aut describatur, & antequam agatur; agit enim actor, verbi gratiâ, in actione personali, vt rectè Theoph. *hoc loco*, cùm hæc verba formulæ pronuntiat, si apparet adversarium dare facere oportere.

Vt igitur omnem actionem complectatur hæc definitio, existimo hoc loco jus accipiendum esse pro illa facultate, & potestate agendi, vel persequendi certo modo, certóque ordine, certâque formulâ; vt olim in actionibus directis, vel legitimis: vel sine vlla observatione scrupulosa verborum & formulæ; vt fit in vtilibus actionibus, & extraordinariis judiciis. Sive enim hoc, sive illo modo agas, vt eleganter ait *d. l. actio*, eamdem vim, eamdem potestatem, eumdémque effectum actio habet; id est semper in se habet hanc agendi potestatem & facultatem, hoc jus persequendi; rémque ad effectum, id est ad judicium deducit, perinde ac si illâ verborum solemni formulâ conciperetur. Et hoc planè sensu facultas agendi dicitur quælibet actio, in *l. 1. ff. de eo quod certo loco*, in *l. 1. §. quamquam autem, ff. ad Trebell.* quod cùm dici posse in extraordinariis judiciis D. Cujac. tandem admittat

in *recitationibus ad hunc tit.* quare idem non erit dicendum in ordinariis, in quibus eadem agendi & persequendi facultas competit; quamvis alio ordine, aliáve ratione. Nihil enim, quod ad vim & efficacitatem actionis pertinet, mutat varietas judiciorum instituendorum, vt nominatim ait *d. l. actio:* & cùm ait hoc loco, *judicio*, sanè proclive est id generaliter intelligere, tam in judicio ordinario, quàm in extraordinario, quod à Prætore ipso, nullo dato vel adicto judice, sine vlla solemni formula constituitur, & magis in vsu esse cœpit quàm ipsum ordinarium, *d. l. actio*, *l. 2. ff. ex quibus caussis major, l. 3. C. de interdict.* qua de re vide D. Cujac. in *Paratit. Cod.* ad *tit. de formul. act. & impetrat. subl.*

*1 ACTIO NIL ALIVD EST QVAM IVS] Ex his verbis colligit glossa, actionem aliquid aliud olim fuisse quàm jus; nimirum formulam & verborum conceptionem certam, à qua qui vel cadebat syllabâ, cadebat causâ: vnde actio notissimis juris nostri, & aliorum auctorum locis, formula dicitur: sed hodie sublatis formulis, nil aliud esse quàm jus. Quod non videtur temerè admittendum, cùm ad veritatem accedat propius, etiam antiquissimo tempore, cum certo & solemni verborum ambitu directæ actiones concipiebantur, ne populus provt vellet eas institueret, *l. 2. §. deinde, ff. de orig. jur.* inter actionem, & formulam fuisse differentiam: cùm formula esset ipsa verborum solemnitas & conceptio, qua componebatur actio, & edebatur; actio autem esset jus persequendi compositum ex hac formula: sicut aliud est figura verborum, aliud obligatio; non enim figurâ literarum, sed oratione quam exprimunt literæ obligamur, *l. 38. non figura, ff. de oblig. & actionib.* Formula igitur non erat ipsa actio, sed actionis formula; sicut, vt exemplo Accursii vtar, nomen actionis ex empto vendito non est ipsa actio, sed actionis nomen. Ex quibus apparet nullo modo admittendam eorum sententiam, qui jus formulam interpretantur; cùm certissimi & indubitati juris sit, actionem ipso jure rem incorporalem fuisse, quæ in jure consisteret: quod evidenter docet Iustinianus in *l. vlt. Cod. de præscript. longi temp. dec. vel vig. ann.* dum asserit, subtilissimo ingenio, & divino quodam motu, ad actiones, & earum jura majores pervenisse; vt illæ incorporales constitutæ, possent vbique jus suum ad effectus corporales extendere. Actio igitur, vt & reliqui actus legitimi, incorporalis est; nam actio dicta est quasi actus legitimus, neque ex eorum genere est, quæ revera & naturâ suâ sunt; sed illorum quæ intelliguntur, juris scilicet intellectu. Et consequenter, in illius definitione meritò juris nomen vsurpavit Celsus hujus definitionis auctor, in *l. 51. ff. de oblig. & action.* ne excluderet ab ea ingentem numerum actionum vtilium, tam civilium, quàm Prætoriarum; quæ cùm deficiunt legum aut edictorum solemnia verba, vtilitate suadente ad speciem propositam, sine vlla verborum conceptione accommodantur.

*2 PERSEQVENDI] Quamvis plerumque persequutionis verbo extraordinariæ persequutiones contineantur, quæ non habent juris ordinarii executionem, *l. 178. §. actionis, ff. de verb. sign.* tamen generale hoc verbum esse, tam ad actionem in rem, quàm in personam, constat ex *l. 28. actio, ff. de oblig. & act.* quocirca non mirum, si in generali definitione actionis eo vsus sit Celsus, & post eum Iustin. quo sine dubio significare voluit, actionem non modò tunc dici cùm intenditur, sed etiam cùm proponi, & intendi potest. Vnde licet inferre verissimum esse quod jam diximus, actionem non posse definiri formulam, & aliud esse conceptionem formulæ, aliud actionem; quoniam formula non erat nisi judicio accepto, & intentatâ actione, cùm actor jam petere incipiebat, *l. 15. amplius, ff. rem rat. haberi:* at actio

est statim atque jus agendi competit, etsi nondum intendatur; quia consistit in jure quod quis habet persequendi; quod jus competit etiam ei qui non persequitur, eóque non vtitur.

*³ IN IVDICIO] Id est apud pedaneos judices à Magistratu datos; non in jure, id est apud Magistratus ipsos. Olim enim actiones omnes apud pedaneos judices proponebantur, cùm Magistratus in causis ordinariis, in quibus erat prodita actio, judicare non possent, sed cogerentur judices dare, *l. 2. placet, Cod. de pedan. judic.* Igitur ante illam constitutionem, Magistratus non nisi extra ordinem cognoscebant in causis, in quibus deficiebat actio: sed postquam ferè omnia judicia in ipsos Magistratus translata sunt, & cœperunt de omnibus causis judicare; hæc verba *in judicio*, licuit interpretari, sive judicium agatur apud Magistratus, sive apud judices datos in quibusdam causis, *l. 2. & vlt. Cod. de pedan. judicib.*

⁴ QVOD SIBI DEBETVR] Verum est quod censet melior pars interpretum, verbum *debendi* generaliter esse accipiendum, vt comprehendat actionem in personam, & actionem in rem, vt in *l. pecunia 178. §. vlt. ff. de verb. sign.* quasi genere quodam deberi mihi dicatur res, de qua possessor facit controversiam, & contra vindicat. Et persequendi verbum generale quoque esse constat, *l. actio, ff. de oblig. & act.* Varia est & multiplex verborum significatio in jure, provt subjectæ materiæ ratio efflagitat amplianda, vel restringenda; & hoc loco ineptum esset titulo generali proponere speciei definitionem, & generis omittere.

*⁴ QVOD SIBI DEBETVR] Hoc verbum *debetur*, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, tam in rem quàm in personam, *l. pecunia, §. vlt. ff. de verb. signific.* Imò & extraordinarias persequutiones, veluti fideicommissorum, quorum nomine neque obligatio, neque actio olim erat; sed cognitione Prætoris, id est officio ejus, petebantur; vt docet Vlpianus in *Fragm. tit. 25.* at quæ ex officio Magistratus pendent, obligatione carent, *l. 7. ff. de annuis legatis:* quocirca si deberi dicantur quæ versantur in persequutione, multo magis quæ in actione in rem, possunt dici deberi. Deinde servitutes actione in rem petuntur, vt constat ex toto titulo, *ff. si servitus vindicetur*; deberi tamen rectè dicuntur, *l. arbor, §. si per eumdem, ff. communi divid.* & Iustinianus ipse obligationis verbo vtitur, dum agit de actione in rem, *§. item si in judicio, infrà, de exceptionibus.* Ex quibus constat nullo modo admittendam eorum sententiam qui asserere ausi sunt, hanc definitionem ad actionem tantùm in personam pertinere; cùm vtramque sine dubio complectatur: absurdum enim valde esset in titulo generali definitionem speciei proponere, & generis omittere.

§. I. Omnium actionum⁵ quibus inter aliquos apud judices arbitrósve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit vnusquisque aut cum eo qui obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis⁶. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditæ actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis⁷, quam Titius suam esse affirmet, & *L. actionum, de oblig. & act.*

possessor

possessor dominum se esse dicat [5]. nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

*[5] OMNIUM ACTIONUM] Hic primaria & præcipua actionum divisio proponitur, quæ petitur ex substantia actionum; reliquæ autem ex adjunctis: ideoque hujus tituli majorem partem occupat, & ad §. *sequens illa divisio est* extenditur, quamvis quidam sint in contraria sententia. Igitur summa genera sunt duo; in rem, quæ dicitur vindicatio; & in personam, quæ condictio appellatur, *l.* 25. *actionum, ff. de oblig. & act.* In personam dicitur, quæ in personam obligatam dirigitur; & semper adversus eumdem, qui obligatus est ad dandum, vel faciendum, habet locum. In rem autem, quæ rem ipsam afficit, cùm persona nullo jure sit nobis obligata: & ideo non adversus vnum, & eumdem, sed adversus eum qui rem possidet datur, *d. l.* 25. & ex præsenti possessione dicitur oriri, *l.* 24. *non alias*, §. *vlt. ff. de judiciis.* Sicut ergo actione in personam convenitur persona; ita actione in rem res ipsa, *l.* 19. *denique, ff. de jure fisci.*

[6] DARE FACERE OPORTERE, ET ALIIS QUIBUSDAM MODIS] Vt hæc verba intelligamus, quæ hactenus malè habuerunt doctos viros, diligentiùs observandum est quod ait Iustinianus, *Agit vnusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio.* Supple, vel quasi contractu, vel quasi maleficio, vt in *l.* 1. *ff. de obl. & act. quo casu*, inquit, *prodita sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis.* Ergo cùm ait, *Et aliis quibusdam modis*, necesse est vt intelligat actiones per quas agitur adversus eum, qui hoc, vel illo modo obligatus est: ait enim *quo casu*, id est in casu obligationis ex contractu, vel ex maleficio. Ideóque non possum admittere D. Cujacii interpretationem, hæc verba esse accipienda de actionibus, quæ verbis quidem in rem sunt, & concipiuntur; sed vi ipsâ & potestate sunt personales: cujusmodi sunt actiones ad exhibendum, quod metus causâ, & ex causa interdictorum; quia, vt idem præstantiss. vir bonâ fide agnovit, in *l.* 9. §. *vlt. ff. quod metus causa.* hæ actiones neque ad contractum, neque ad quasi contractum, neque ad maleficium, neque quasi maleficium referri possunt, sed sunt ex certis edictorum causis. Et quis non videt Iustinianum hoc loco custoditè loqui de actionibus, quæ verè & absolutè personales sunt, non solùm potestate, sed etiam verbis.

Melior est interpretatio, quæ vult actionem personalem ex contractu variis modis commutari posse; id est non solùm ita concipi, dare facere, sed etiam reddere, restituere, præstare, & similibus verbis. Sed cùm faciendi verbum hæc omnia comprehendat, *l. faciendi, ff. de verb. signif.* quam ad hanc formulam pertinere constat, junctâ *l. pen. ff. de condict. causa data*, quæ est ex eodem libro; vt quod dicitur in *l. sæpe, ff. tit. eod. de verb. sign.* cùm dicimus quod dare facere oportet, quodvis eorum sufficere probare: cùm, inquam, hæc verba, dare facere, omnem contractum comprehendant; ex his enim verbis, aut similibus variè commutatis, intelligimus quid negotii inter actorem & reum gestum fuisse, vt loquitur *l. si in area, ff. de condict. indebiti*, junctâ *l. senatus*, §. *ergo, ff. de mortis causa donation.* vereor ne hæc verba, *& aliis quibusdam modis*, aliquid in recessu habeant, quod non fuit satis animadversum.

Itaque tento hæc verba esse referenda ad alteram obligationum partem, ex qua agitur ex maleficio, vel ex quasi maleficio; in hac enim parte non vtitur verbis actor, quæ contractum demonstrant; sed delictum admissum, & factum arguunt.

Quam differentiam colligo ex *l. actionum*, §. *ex contractu*, & §. *ex facto*, & *l. obligamur*, §. *ex peccato*, *ff. de oblig. & action.* *Ex contractu*, inquit, *actio est, quoties quis sui lucri causâ cum alio contrahit*; id est quid negotii gerit hoc agens, vt alius ei dare facere teneatur. *Ex facto actio est, quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit: veluti furtum, vel injuriam commisit, vel damnum dedit.* Intentio ergo harum actionum hæc est, aliquid factum fuisse; intendit, puta actor, Titium furtum fecisse, Titium damnum dedisse, vt apud Martial. *lib. 6. epig. 19.*

Sed lis est mihi de tribus capellis,
Vicini queror has abesse furto:
Hoc judex sibi postulat probari.

Et apertiùs in *d. l. obligamur*, §. *ex peccato*, *Ex peccato*, inquit, *obligamur*, *cùm in facto summa quæstionis consistit*; id est, cùm quæritur an aliquid factum sit, cùm actor intendit aliquid admissum, vel peccatum fuisse: quæstio enim est ex intentione actoris, & inficiatione rei, vt apud auctorem *ad Herennium lib. 1.* & M. Tull. *lib. 1. de inventione*, *Intentio occidisti Ajacem, inficiatio non occidi*; vbi rectè Marius Victorinus vetus interpres Tullii, *quæstionem esse dicimus vocem vtriusque partis, id est fecisti, non feci.* Et hi sunt, ni fallor, modi, quibus in personam agitur adversus eum qui ex delicto obligatur; quos Iustinianus hoc loco videtur intelligere, & opponere modis, quibus ex contractu, vel quasi ex contractu agitur in personam, hac vel simili formulâ, *dare facere oportere.*

* 6 DARE FACERE OPORTERE, ET ALIIS QVIBVSDAM MODIS] Vsitata & vulgaris intentio actionis in personam est, dare facere oportere: in qua dare, & facere differunt; cùm dare sit dominium transferre; facere autem, domum, verbi gratiâ, facere, vacuam possessionem tradere, solvere, præstare, numerare, *l. 175. faciendi*, & *l. 218. verbum facere*, *ff. de verb. sign.* Vnde cùm faciendi verbum omnem omnino faciendi causam complectatur; meritò quæri potest, cur hæc verba subjiciat Iustinianus, *& aliis quibusdam modis.* Et omissâ eorum sententiâ, qui hæc verba referunt ad actiones in rem scriptas, quæ propriam & specialem habent naturam: & aliorum, qui ad alteram obligationum partem, in qua agitur vel ex maleficio, vel ex quasi maleficio, in quibus plerumque intendimus dare; vt in lege Aquilia, *l. 2. ff. ad leg. Aquiliam*, qua reus tenetur dare æstimationem damni dati: quod similiter dici potest in actione furti, qua quis duplum, aut quadruplum persequitur: & in actione vi bonorum raptorum, aut injuriarum; in quibus omnibus hæc vulgaris formula, dare aut facere, locum habere potest: quod & de noxalibus actionibus nominatim proditum est, in *l. 42. si ad libertatem*, §. 1. *ff. de noxalib. action.* Dicam magis arridere eorum sententiam, qui asserunt hoc dictum à Iustiniano: quia verbum *facere*, cùm maximè generale sit, non potest satis exprimere vim vniuscujusque actionis. Et ideo qui actionem in personam proponit, proprio magis & apto vocabulo ad explicandam negotii naturam, & intentionem suam vtitur, dum adversarium debere tradere, solvere, præstare, aut aliud quid simile facere intendit, prout variè conceptæ conventiones requirunt. Postquam, verbi gratiâ, Iustinianus ostendit, olim actiones in personam concipi consuevisse his verbis, *adversarium dare, facere, oportere*: subjicit, *& aliis quibusdam modis*: vt ostendat eas non esse his verbis sic adstrictas, vt aliter non potuerint, & hodie non possint rectè concipi.

7 SI REM CORPORALEM POSSIDEAT QVIS] Possideat ex quacumque causa, *l. officium*, *ff. de rei vindicat.* Sed quæsitum fuit, si non possideat, sed teneat; id est si non civiliter, sed naturaliter possideat, vt in *l. 7. ff. neque colonis*, *ff. communi*

divid. l. 6. §. 1. ff. de precario, l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. ad exhib. vtrum, inquam, ab eo qui tenet, non possidet, res vindicari possit. Et Vlp. docet in *d. l. officium*, quosdam existimasse, ab eo qui rem tenet, & possidet naturaliter tantùm, non posse rem vindicari; & hanc actionem eam solùm possessionem complecti, quæ locum habet in interdicto vtrum possidetis, vel vtrubi: quibus interdictis constat eos tantùm vti posse, qui civiliter possident, id est animo domini, vt loquitur *l. si servus 2. ff. de noxalibus actionibus*: sed verius esse putat, generaliter ab omnibus qui tenent, & habent restituendi facultatem, vindicari posse. Et quidem, si dominus qui deposuit, commodavit, vel locavit; à depositario, commodatario, conductore, qui non ex voluntate domini, & sine justa causa rem tenent, hac actione petere velit: non dubitatur eum rectè agere *l. 1. C. depositi*; quia videntur intervertere possessionem, *l. si quis rem, ff. de acquir. possess.* & parum à furibus differre videntur: inficiari enim depositum quamvis non sit furtum, tamen est propè furtum, vt ait eleganter, *l. inficiando, ff. de furtis.* Ideóque adversus eosdem, quod notandum est, quamvis propriè fures non sint, agi potest hac formulâ, dare oportere, *l. 4. §. res pignori, ff. de reb. cred. l. si quis inficiatus, ff. depositi.* Sed *d. l. officium*, non videtur intelligenda de eo, à quo res commodata, deposita, locata est; sed de alio quolibet, de tertio quodam, vt interpretes loquuntur, qui se dominum dicit: nam hoc quoque casu is qui rem tenet, judicium hoc suscipere cogitur; quod tamen nullum præjudicium facit ei, qui deposuit, commodavit, locavit, argumento, *l. sæpe, ff. de re judicata.* Sed ne lites ex litibus oriantur, si quæratur de re immobili, quam fortè aliquis alterius nomine se possidere contendit; ex nova constitutione Constantini, id est ex *l. 2. C. vbi in rem actio exerceri debeat*, dominum statim tenetur nominare, qui intra diem à judice præstituendum adesse debeat ad rem defendendam; vel si non adsit, re summatim cognitâ, transfertur possessio in actorem, omni allegatione de principali quæstione absenti servatâ.

[8] DOMINVM SE ESSE DICAT] Id est, vt rectè D. Cujac. hoc loco, *contrà vindicet*; ex Caio apud Boëtium in *Topic. Ciceronis illo loco, Is cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat: ego hunc hominem jure Quiritium meum esse aio: Prætor interrogat qui eum cedit, an contrà vindicet.* Sed verissimè glossa, hanc contrariam vindicationem ait hodie non esse necessariam: satis enim est, si is qui possidet vel tenet, sibi vel alteri qualem qualem possessionem defendat; se possidere contendat, vt loquitur *l. 1. C. vbi in rem actio:* & eleganter *l. nec vllam, §. si quis absentis, ff. de petit. heredit.* si quis fortè alterius nomine se possidere dicat, & non constet de ratihabitione absentis; eum qui possessionem alteri defendit, quasi prædonem esse ait, & suo nomine teneri actione in rem generali, id est petitione hereditatis, quamvis non dicat se heredem esse.

Et ne fortè te decipiat D. Cujacii nota *hoc loco*; quod ait *l. si debitor hereditarius 42. ff. eod. tit.* non teneri petitione hereditatis debitorem hereditarium qui se heredem non dicit; sed ideo solvere petitori detrectat, quia negat, aut dubitat an heres sit: speciale est, & propriam rationem habet; quia hoc casu non potest dici debitor hereditarius, qui bonâ fide agnoscit debitum; quamvis se non dicat heredem esse, aut pro possessore possidere id quod debet: paratus est enim solvere ei quem heredem esse constabit. Ideóque omnino necesse est hoc casu, vt sit huic petitioni locus, debitorem hereditarium dicere se heredem esse: cùm regulariter & is qui possidet, quamvis se heredem esse non dicat, si nullam afferat justam possessionis causam, hac actione teneatur; quia pro possessore possidet, *l. 11. 12. & 13. in principio, ff. eod. tit.* Idémque dicendum est de actione in rem speciali,

nam possessor quilibet, vt jam docui, quamvis à Prætore interrogatus se dominum esse non dicat, hac rei vindicatione tenetur. Et observandum est, solemnia illa vindicationis, ex quibus necessaria erat contraria vindicatio, vt Gellius docet *lib. 20. cap. pen.* minus fuisse frequentata: ideóque abiisse in desuetudinem jus illud, ex quo possessor, qui vt est in lege XII. tab. vindiciam falsam tulerat, falsò asseverans & contendens coram Prætore se esse dominum, duplos fructus præstare tenebatur, qui majores dicuntur in *l. 6. §. vlt. ff. mandati*, in *l. 12. §. 1. ff. de distract. pignorum.* Horum quoque mentio fit apud Paulum *lib. 5. Sentent. tit. 9. l. 1. C. Th. de fructib. & lit. expens. l. vnic. Cod. Th. de vsuris rei judicatæ*, quæ nominatim ait hoc fuisse ex juris prisci formulis introductum: hoc enim casu, qui coram Prætore solemniter se dominum asseverabat, duplo tenus tenebatur; eâdem planè ratione, quâ qui rem venditam solemniter apud Prætorem mancipabat, se dominum esse ex jure Quiritium asseverans, auctoritatis nomine duplo tenus tenebatur, vt apud Paulum rectè scriptum est, *lib. 2. Sent. tit. 17.*

Fuit autem duplex vindicationis forma. Prima solemnis ex ipsis XII. tab. verbis concepta, quæ propriè ei competebat, qui se dominum dicebat ex jure Quiritium; vt constat ex illa formula Caii initio allata, ad quam ex veteri jure respicit Vlpianus *lib. reg. tit. de legat.* cùm ait, legati res posse per vindicationem, quæ vtroque tempore testatoris fuerunt ex jure Quiritium: id est quæ jure solemni mancipatæ, vel in jure cessæ fuerunt, vt idem Vlp. docet *lib. eod. tit. 1. §. qui tantum in bonis.* Vnde apparet eum qui tantùm habuit rem in bonis, id est dominium bonitarium, non potuisse legare per vindicationem, vt Theoph. loquitur: quia nisi dominium transferret in legatarium ex jure Quiritium, non potuit vindicare rem legatam legatarius jure illo [illegible]isco, ad quod respicit Vlp. Sed & recepta tandem fuit altera vindicatio minùs solemnis, quam ei dare necessum fuit qui dominus est jure gentium, non ex jure Quiritium, *l. in rem, ff. de rei vindic.* Prior ab eodem Vlp. in *l. 1. §. 2. ff. de rei vindicat.* concipi dicitur adjectâ causâ *ex jure Quiritium*; vt in superiori formula Caii, quâ rectè patrem ait vindicare filium, quem in potestate habet. Altera frequentior sine causæ adjectione, sine vindiciis, & solemnibus, sine vlla necessitate contrariæ vindicationis; quæ domino bonitario competit, non Quiritario.

* 8 DOMINVM SE ESSE DICAT] His verbis innuere videtur Iustinianus, ad constituendam vindicationem necessarium esse, vt possessor se esse dominum asserat: quod tamen non esse admittendum constat satis ex eo quod diximus, illam dari adversus quemcumque possessorem; & quod docet Vlpianus in *l. 9. officium, ff. de rei vindic.* post multam Iurisconsultorum ambiguitatem placuisse, adversus omnes qui tenent, & habent restituendi facultatem, hanc actionem dari posse. Sed observandum, duplicem fuisse vindicationis formam, vnam solemnem, alteram minùs solemnem: in solemni, quæ fiebat ex lege XII. tab. adjectâ causâ *ex jure Quiritium*, erat necessaria contraria vindicatio, vt ex Boëtio, Plauto, Gellio, & Tullio certum est locis notissimis: in minùs solemni, quæ vtilitate suadente fuit introducta à prudentibus, vt vnusquisque res suas ex jure gentium vindicaret; non erat necessaria contraria vindicatio: ideóque hâc allatâ distinctione in concordiam licet adducere, quæ alioquin pugnare videntur. Vtriusque autem mentionem fecit Vlpianus in *l. 1. §. 2. ff. de rei vindic.*

§. II. Æquè si agat jus sibi [9] esse fundo fortè vel ædibus vtendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi [10], vel ex fundo vicini aquam

ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum vrbanorum, veluti si agat jus sibi esse altiùs ædes suas tollendi[11], prospiciendíve[12], vel proiciendi[13] aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de vsufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum vrbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: vt si quis intendat jus non esse adversario vtendi, fruendi, eundi, agendi, aquámve ducendi, item altiùs tollendi, prospiciendi, proiciendi, immittendi: istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet. ei verò qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sanè vno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit.

[9] ÆQVE SI AGAT IVS SIBI] A vindicatione rerum corporalium, transit ad vindicationem servitutum, quas constat esse res incorporales, §. *vlt. suprà, de reb. corporalibus.* Sunt enim jura prædiorum, vel vt est in *l. quid aliud, ff. de verb. sign.* prædia qualiter se habentia, id est qualitates prædiorum, *l. qui fundum, ff. quemadmodum servitutes amitt.* Sicut inquit *d. lex, quid aliud*, bonitas, salubritas, amplitudo, sunt prædiorum qualitates; (Sic enim est accipiendum in *d. lege* adverbium similitudinis *vt*) Et quod suprà in *tit. de servitutibus*, ex communi doctorum virorum sententia docui, Celsum in *d. lege* vocare bonitatem, salubritatem, amplitudinem, jura prædiorum, nunc melior factus muto; quia durum & absurdum videtur, generaliter dicere omnes qualitates prædiorum esse jura prædiorum. Et meritò antea recepta illa interpretatio suspecta fuit Antecessori meritissimo Francisco Roaldo, qui sublatâ interrogationis notâ, *d. l. quid aliud* sic esse accipiendam æstimavit; quasi diceret, & affirmaret jura prædiorum esse aliquid aliud, quàm prædia qualiter se habentia; aliud esse quàm qualitates illas, quarum subjicit exempla, quod est verissimum. Sed conservatâ receptâ lectione elegans est sententia Celsi, servitutes nihil aliud esse quàm prædiorum qualitates; quemadmodum bonitas, salubritas, amplitudo, sunt quoque prædiorum qualitates: & tamen hæ qualitates inter se differunt; jura enim prædiorum tantùm dicuntur servitutes, vt in hoc §. in *d.* §. *vlt. suprà, de reb. corporalib. l.* 1. §. *vlt. ff. de rerum divisione*, non ceteræ prædiorum qualitates.

De his igitur prædiorum qualitatibus quæ jura dicuntur, ait Iustin. competere actionem in rem, quam potissimùm in hoc distare à vindicatione rerum corporalium docet; quòd hæc tantùm datur ei qui non possidet, adversus possessorem, vt jam probatum est; illa verò possessori dari, & competere potest, *l.* 5. §. *vlt. ff. si vsufruct. pet.* & *l. & si fortè*, §. 1. *ff. si servitut. vindic.* Licet enim ei qui contendit sibi deberi servitutem, quamvis possideat, vltrò impetere eum qui negat; & contrà ei qui negat, vltro quoque agere adversus eum qui asserit. Hoc enim vnico casu receptum fuit, id est in hac vindicatione rerum incorporalium, quod in vindicatione rerum corporalium admitti non potuit; quia possessori rei corporalis, neque confessoria, neque negatoria actio dari potest; vel propter rationem differentiæ, quam dilucidè *hoc loco* exposuit Theophil. cui adde *l* 5. *in princ. ff. si vsusfruct. petat.* Frustra sunt qui alios casus quærunt, vel sibi fingunt; quasi hæc sit mens Iustiniani, quodam

casu, qui quærendus est in digestorum libris, possessorem rei corporalis actoris partes obtinere.

*9 ÆQVE SI AGAT IVS SIBI] An de servitutibus daretur actio in rem, meritò poterat dubitari; quia de rebus corporalibus prodita est, *l. 1. ff. de rei vindicat.* & ex præsenti possessione oritur, *l. 24. §. ult. ff. de judiciis:* servitutes autem sunt res incorporales, quæ possideri propriè non possunt; possessio enim est corporalis rei detentio. Sed dicendum, interpretatione prudentum hoc esse receptum in vsufructu primum; quia in multis casibus est pars dominii, *l. 4. ff. de vsufruct.* itavt dominium, & possessio vsusfructus dicatur, *l. 3. ff. si vsusfruct. petat.* Ad exemplum autem fructuarii, reliquis omnibus qui servitutes habent hæc actio accommodata est, vt indicat Vlpianus in *l. 2. ff. si servit. vindic.*

In his autem actionibus duo sunt singularia, quæ à Iustiniano in *hoc* §. proponuntur. Primumq́ est, vt pro rebus incorporalibus dentur duæ actiones, confessoria scilicet, & negatoria: confessoria ei qui sibi servitutem competere contendit, negatoria domino qui negat, *d. l. 2. ff. si servit. vindic.* cùm de rebus corporalibus vnica tantùm prodita sit, rei scilicet vindicatio, quæ datur ei qui non possidet; ei enim qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Cujus differentiæ hæc redditur ratio, in *l. 5. vti frui, ff. si vsusfruct. pet.* quoniam de suo, non de alieno jure quemcumque agere oportet; id est non ex vitio juris adversarii, sed ex jure suo causam suam judici debet probare: nec sufficit actori docere possessorem non esse dominum, nisi etiam probet se dominum esse: quia in pari causa, melior est causa possidentis, *l. 128. in pari, ff. de reg. jur.* & cùm obscura sunt vtriusque jura, contra petitorem solet judicari, *§. retinendæ, infrà, de interdictis*, quam rationem fusè explicat Theophilus. Illa autem in servitutibus non obstat; quoniam qui negat adversarium jus habere servitutis, de suo, non de alieno jure agit; libertatem enim prædii sui vindicat: & ideo licèt actio sit figurâ verborum negativa, vi tamen & potestate est affirmativa; quia qui eam proponit, prædium suum liberum esse asserit, & se habere jus prohibendi, quominus adversarius se invito vtatur.

Alterum singulare est, quod in rebus corporalibus actio numquam possessori vltro datur, *l. 1. §. interdum autem, ff. vti possidetis:* cùm in servitutibus etiam vltro possessori detur actio, quando adversarius non patitur eum liberè vti frui. Cujus rei hæc ratio reddi potest, quoniam in rebus corporalibus possessio sufficit; nam quamdiu quis possidet, ille fruitur liberè: finis autem actionis in rem est, vt possessio restituatur, *l. 9. officium, ff. de rei vindic.* & consequenter eam frustra proponit, qui possidet. At in servitutibus nulla propriè possessio est, sed illa pendere intelligitur non ex solo facto vtentis, sed ex patientia adversarii qui servitutem debet, *l. 1. §. vlt. ff. de servitut. rustic. præd.* quam cùm denegat, consequenter adversarium de possessione dejicit: ideóque mirum non est, si illi detur actio vt liberè vti, & possidere liceat: quod in hoc solo casû, id est cùm de servitutibus agitur, receptum est, vt in *hoc* §. dicitur.

10 EVNDI AGENDI] His verbis designatur viæ servitus, propter quam ita licet concipere actionem, *ire agere licere, l. si eo loco, ff. si servitus vindic.* vbi, vt latiùs exposui *lib. 2. tit. de servitutib.* abusivè via dicitur iter; quia est iter cum actu, vt in *l. 2. ff. quemadmod. servitutes amittantur.*

11 ALTIVS ÆDES SVAS TOLLENDI] Iure servitutis impositæ, vt ex Theophilo & Cujacio docui, *eod. tit. lib. 2.*

12 PROSPICIENDIVE] Ex hac prospectus servitute hoc consequor, non li-

cere vicino aliquid habere in ædibus, quod officiat prospectui, *l. ædificia, ff. de servit. vrb. præd.* Et videtur distinguendum inter amœnum, & liberum prospectum, *l. inter, ff. eod. tit.* illo loco, *gratiorem prospectum, & liberum.* Sic apud Senecam, *lib. 5. controverf. 5.* arbor quæ obstabat prospectui divitis, amœnum prospectum præstabat pauperi. Amœnus est prospectus positis, puta viridariis, sublatis verò liber: ideóque hæc opponuntur in *vexata l. quotiens, §. 1. ff. de servitutib. viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet*; positis scilicet viridariis, quæ in ædium tectis veteres suspensa habebant, vt idem Seneca docet *epist. 122.* Et quod subjicit *d. l. quotiens, aut in hoc vt in suo pingat*, vbi nescio quis emendat *pangat*, pertinet quoque ad prospectum amœnum; vt non teneatur vicinus picturas in ædium parietibus collocare, quarum positione amœniorem constat esse prospectum. Et Constantinus Harmenopul. hæc conjungit, *lib. 2. tit. 4.* vbi de prospectu; tractat enim primo loco de prospectu maris; secundo de prospectu hortorum, & plantarum; tertio de prospectu picturæ, *Vt si quis*, inquit, *de suis ædibus videat depictos Ajacem, Achillem, aut ejusmodi quempiam:* qui locus valde illustrat *d. l. quotiens*, cujus lectio non est temerè mutanda.

[11] PROIICIENDI] Errat hoc loco insigniter Theophilus, qui hoc verbo significari putat servitutem stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini, vt loquitur *l. 2. ff. de servitutib. vrb. præd.* Verissimum enim est, quod D. Cujac. docuit, esse accipiendum de servitutibus quæ dicuntur Mæniana, in *l. Mæniana, C. de ædific. privat.* quæ nominatim ait Græcos vocare ἐξώσις, quam lectionem confirmat vetus glossarium. Herodiano tamen in fine *lib. 7.* ξύλων ἐξοχαὶ sunt ligneæ projecturæ, quas nominatim ait in vrbe Roma fuisse frequentes.

§. III. Sed istæ quidem actiones [14], quarum mentionem habuimus [15], & si quæ sunt similes [16], ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem, quàm in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. ecce plerumque ita permittitur in rem agere, vt vel actor diceret se quasi vsucepisse, quod non vsuceperit: vel ex diverso possessor diceret adversarium suum non vsucepisse, quod vsuceperit.

* [14] SED ISTÆ QVIDEM ACTIONES] Non proponit hîc novam actionum divisionem Iustin. vt quidam putant; sed ostendit jam propositam habere locum in actionibus, quæ ex Prætoris jurisdictione substantiam capiunt: ad quas necessariò decurrendum est, cùm directæ, & vtiles civiles deficiunt, æquitas tamen actionem dari desiderat. Tunc enim supplet Prætor quod juri civili deest colore quæsito à jure civili; vt nil videatur ex sese moliri, sed semper inniti & inhærescere illius præceptis, vt ex *hoc*, & *seqq.* §. apparet.

[15] QVARVM MENTIONEM HABVIMVS] Mentionem habuit Iustin. vel Caius, non solùm actionum in rem de quibus §. *præcedenti*, sed etiam actionum in personam: nam propositâ illâ generali actionum divisione, ex professo personalis actionis formulam dedit, quâ quis intendit dare facere oportere: & in §. *sic itaque discretis*, in quo continetur veluti conclusio primæ divisionis, docet hac actionis personalis formulâ actorem rem suam petere non posse, nisi in vno casu: & nominatim in §. *appellamus*, actiones personales dici condictiones, de quibus nempe à principio tituli loquutus est. Ergo cùm ait, *quarum mentionem habuimus*, meo quidem judicio intelligere videtur actiones quoque personales, quarum ex professo formulam dedit.

Sed contraria sententia placuit interpretibus omnibus tam Græcis, quàm Latinis, qui validissima hac ratione nituntur: quia non possunt dici omnes actiones personales, seu in personam, quæ dantur ex contractu, vel maleficio, descendere ex legitimis, & civilibus causis; quod verissimum est, sunt enim multæ Prætoriæ.

Ad quam objectionem respondeo, Iurisconsultum Caium, ex cujus institutionibus hæc omnia transcripta fuisse non dubito, custoditè loquutum fuisse de actionibus in personam, quæ ex civilibus & legitimis causis descendunt, cùm dicit, *hoc casu proditas esse actiones in personam*. His enim verbis designantur tantùm actiones, vel legibus ipsis proditæ, vel curâ & solertiâ veterum prudentum compositæ directis, & civilibus verbis: & eodem planè sensu idem Caius in *l. 5. ff. de oblig. & action.* proditas esse ait actiones negotiorum gestorum compositas à prudentibus, quibus placuisse dicit, invicem hoc casu obligationem nasci: & Vlp. in *l. 17. ff. de furtis*, nullam à veteribus proditam fuisse actionem, quâ furti cum filio pater agat: Papin. in *l. 1. ff. de præscript. verb.* necessarias fuisse præscriptis verbis actiones, cessantibus judiciis proditis, à legibus nempe, & veteribus; quæ nominatim in *l. 11. eod. tit.* Supplere ait Prætorem in eo quod deest, *Sed eas*, inquit, *actiones quæ legibus proditæ sunt supplet Prætor.* Et quamvis in *§. ex maleficiis, hoc tit.* ab hujus verbi proprietate quodammodo recedere videatur Iustin. dum generaliter ait ex maleficiis proditas esse actiones tam civiles, quàm Prætorias, quatum subjicit exempla: hoc tamen loco civiles tantùm intellexisse non dubito; quia ex professo proponit formam condictionum quas civiles esse constat, & quarum expressam mentionem habuisse negare non possumus.

16 ET SI QVÆ SVNT SIMILES] Similes sunt vulgaribus & proditis actionibus, actiones quæ dicuntur vtiles; quia dantur ad instat & similitudinem directarum, *l. 5. §. quæri poterit, ff. vt in possess. legator.* Sunt autem tam in rem, quàm in personam; quæ propriè accommodari dicuntur in casibus similibus; vt in *l. eleganter, ff. de pignerat. act.* vtilis actio ex empto accommodari dicitur, quod in ceteris quoque vtilibus personalibus locum habet. Idem est dicendum de vtilibus in rem actionibus, quæ ad exemplum directæ vindicationis dantur vtiliter, vt in *tit. ff. si ager vectig. vel emphyteu.* cum similibus casibus. Et has opinor actiones intelligit *hoc loco*, cùm ait, *& si quæ sunt similes:* nam quod glossa notat de actionibus, quæ quasi ex contractu, & quasi ex maleficio, ideo non placet; quia actiones ex quasi contractu æquè directæ sunt; & quia actiones quasi ex maleficio, de quibus in *tit. præcedenti*, omnes sunt in factum prætoriæ, & ex similibus, & legitimis causis non possunt descendere. Locum igitur hoc habebit in vtilibus actionibus personalibus, & realibus auctoritate prudentum, id est jure civili ad similitudinem directarum accommodatis.

17 SE QVASI VSVCEPISSE] Qui nondum vsucepit dominus non est; Prætor tamen cùm ei dat hanc actionem, habet eum pro domino, fingit esse dominum: quemadmodum eum, cui bonorum possessionem dedit ex edicto successorio, habet pro herede, vt Vlp. scribit *lib. reg. tit. 28. §. penult.* vbi huic bonorum possessori Prætorem dare ait fictitias actiones, quibus bellissimè hanc Publicianam comparare possumus; fingit enim eum vsucepisse, qui non vsucepit. Datur autem hæc actio adversus extraneum possessorem; nam adversus verum dominum rei, inefficax constituitur opposità exceptione justi dominii, de qua in *l. pen. & vlt. ff. de Publiciana in rem act.* Quam tamen exceptionem causâ cognitâ Papinianus dari ait, in *l. notandum 57. ff. mandati*; nec enim semper æquum est hanc exceptionem dari domino possidenti,

denti, vt in casibus à glossa notatis hoc loco, & in *d. l. vlt.* & specie *d. legis mandatum*, venalitiario vel mangoni vtiliter datur Publiciana adversus dominum, id est eum, qui servos venditos & traditos vsucepit, insuper habitâ ratione vsucapionis; quia æquum non esse ait Papinianus, venalitiarium damno affici ex errore & imperitia heredum. Sic enim malim simpliciter hanc legem accipere, quam cum D. Cujacio supplere, vel ariolari *lib.* 10. *Obs. cap.* 6. servos à non domino bona fide accepisse venalitiarium ipsum; quia & in casu *d. legis*, amisso dominio ex errore heredum, placuisse Papin. docer dari Publicianam ei, qui dominium amisit: hæc enim actio cùm rescissâ vsucapione redditur, publiciana quoque vocatur à Paulo, *l. in honorariis, ff. de oblig. & actionib.* & in *hoc* §. à Iustiniano. Datur ergo Publiciana ei qui ex causa justa dominium habere potuit, quod nondum habet; & ei quoque qui dominium amisit, si actionis dandæ, vel restituendæ justa causa sit, vt in *d. l. mandatum*, propter errorem & imperitiam heredum.

§. IV. Namque si cui ex justa causa [18] res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, vt quis dominium suum vindicet. sed quia sanè durum erat eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se vsucepisse, & ita vindicat suam esse: quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primùm à Publicio Prætore in edicto proposita est.

* 18 SI CVI EX IVSTA CAVSA] Cùm actio in rem soli domino detur, *l.* 23. *in rem, ff. de rei vindic.* & Prætor dominum facere non possit, *§. quos autem, suprà, de bonor. possess.* meritò poterat dubitari, an Prætor ex sua jurisdictione actionem in rem dare posset. Cui dubio satisfacit *hic* §. dum ostendit hoc facere Prætorem ratione petitâ ab ipso jure civili; vt scilicet jus quod æquitate suadente putat inducendum, non tam propriâ jurisdictione, quàm juris ipsius auctoritate fulciat. Certissimi enim & indubitati juris est, bonæ fidei possessori, qui ex justa dominii acquirendi causa rei alienæ possessionem nactus est, post impleta vsucapionis tempora si possessionem amiserit, dari rei vindicationem adversus quemcumque possessorem, vt possessionem avocet: quæ actio ei nondum perfectâ vsucapione denegatur; quia nondum dominus factus est. Quod cùm durum & iniquum crederet Prætor, quemcumque scilicet, etiam malæ fidei possessorem ei præferri, eúmque omni remedio destitutum, deficiente omni actione in damno versari: fictione adhibitâ actionem accommodavit. Fingit enim eum vsucepisse, & certam vsucapionem implevisse, vt eo colore, actionem in rem ex sua jurisdictione possit indulgere quasi domino; cùm regulariter illa soli domino detur. Quod similiter in ceteris omnibus casibus, in quibus actiones ex sua jurisdictione dat, solet observare: qua de causa meritò actiones Prætoriæ fictitiæ dicuntur; quia fingit semper aliquid Prætor, vt secundùm regulas juris civilis actiones dare videatur, vt docet Vlpianus in *Fragm. tit.* 28.

§. V. Rursus ex diverso [19], si quis, quum Reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset, vsuceperit, permittitur domino si possessor Reipublicæ causâ abesse desierit, tunc intra annum rescissa vsucapione [20] eam petere: id est, ita petere, vt dicat

possessorem vsu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus Prætor accommodat: sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intellegere licet.

* 19 RVRSVS EX DIVERSO] Duplex est Publiciana, vna quæ datur colore vsucapionis, de qua agitur in *tit. de Publiciana in rem act.* alia quæ rescissâ vsucapione datur, de qua agitur in *tit. ex quibus causis major*, & in *hoc* §. In qua vt Prætor possit accommodare in rem actionem ei, qui per vsucapionem dominus esse desiit; fingit vsucapionem non esse impletam, & consequenter ab eo dominium non abscessisse, qui revera desiit esse dominus. Quod ei indulget intra annum tantùm ab eo tempore, quo agendi copiam habet; quamvis actiones Prætoriæ, quæ rei persequutionem continent, soleant esse perpetuæ, §. 1. *de perpet. & temporalib. act. infrà*: quoniam ea contra jus civile datur, id est contra vsucapionem jure civili introductam; ideóque meritò anno terminatur, *l. 35. in honorariis, ff. de oblig. & actionib.*

20 RESCISSA VSVCAPIONE] Eâdem formâ, bonorum possessio contra tabulas, quæ datur filiis emancipatis à Prætore, dicitur rescindere emancipationem in *l. sed cum patrono*, §. *pen. ff. de bonor. possess. l. 3.* §. *si emancipatus, ff. de bonor. poss. contra tab. l. si aliquis, C. Theod. de bonis proscript.* quia Prætor emancipationis nullam rationem habet, id est perinde dat bonorum possessionem filiis emancipatis, ac si emancipati non essent. Cùm hanc igitur dat, rescindit emancipationem: & ideo rescisio dicitur emancipationis, vt hæc actio rescisio vsucapionis; quia eam perinde dat Prætor, ac si res non esset vsucapta. Nec debemus cum interpretibus hoc loco, aliud facere judicium rescindens, aliud rescissorium; vno eodémque judicio rescinditur vsucapio, & petitur res vsucapta: idémque contingit in querela inofficiosi testamenti, vt eruditè D. Cujac. docuit in *Paratit. Cod. tit. de inofficioso testam.*

§. VI. Item si quis in fraudem [21] creditorum rem suam alicui tradiderit: bonis ejus à creditoribus ex sententia Præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere: id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

21 ITEM SI QVIS IN FRAVDEM] Quæ in fraudem creditorum alienata sunt, vsitatis actionibus esse revocanda ait *l. 1. C. de revocandis iis quæ in fraudem credit.* vbi ex veteribus libris legendum esse, *sicut negotium gestum fuerit*, rectissimè D. Cujac. docuit *lib. 7. Obs. cap. vlt.* Iis enim verbis, *sicut negotium*, designantur actiones in factum, quæ rem gestam, id est fraudem admissam demonstrant, *vulgata l. cum mota, C. de transact.* Datur ergo non vna actio, sed multiplex, vt creditores possint in fraudem alienata revocare: multis enim modis succurrendum esse creditoribus Prætores æquum esse existimaverunt.

Et primum quidem datur actio in rem, de qua in *hoc* §. hac enim actione vindicant creditores res à fraudatore debitore alienatas, perinde ac si mansissent in rebus debitoris; quia ex decreto Prætoris possidere jussi sunt, debitore frustrante, & latitante, vt in *titulis ff. & Cod. de bonis auctoritate judicis possidendis.* Ideóque *hoc loco*, hæc actio dari dicitur rescisså traditione; quia cùm eam dat Prætor, nullam rationem habet traditionis & alienationis factæ in fraudem creditorum; & fingit res alienatas numquam discessisse à dominio debitoris, cujus nempe bona omnia possessa sunt, & distracta: quod hoc loco supplendum ex *l. ignoti, C. de revocandis iis quæ in fraudem*, & *l. ait Prætor*, §. *1. ff. quæ in fraudem creditor.* Et hoc verissimum esse convincit, quod dicitur in *l. 6.* §. *vlt.* & *d. l. ait Prætor*, §. *annus, ff. eod.* annum vti-

tem huic actioni præstitutum numerari à die venditionis bonorum, quam scilicet jussu judicis creditores fecerunt, vt in *l. pen. in fine, C. de bonis auctorit. judic. possid.*

Hanc igitur actionem meritò recenset Iustin. inter Prætorias reales; est enim diversa ab ea, quæ ex causa interdicti fraudatorii (sic vocatur in *l. si postulante, ff. ad Trebell. l. pupilli 96. ff. de solut. l. 1. C. Th. de integri restitut.*) redditur: de qua esse accipiendam *l. videamus 38. §. in Fabiana, ff. de vsuris*, omnino suadet verbum *restituas*, quo Prætor vtitur in interdicto proposito in *d. l. ait Prætor.* Hæc enim secunda actio, in factum est, de possessione, non de dominio; & vi ipsâ personalis est, quamvis sit in rem scripta: quod generaliter dicitur de omnibus actionibus, quæ ex interdictorum causis redduntur, ex ipsa interdictorum natura, *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* & ita aptissimè in *d. §. in Fabiana*, iungitur Fabianæ, quam personalem esse constat. Ex quo tamen loco malè vulgus interpretum existimat, omnem revocatoriam esse personalem; cùm custoditè accipiendus sit de actione ex interdicto, quam Paulianam vocat: quod nomen bodie datur cuilibet actioni, quâ revocantur in fraudem alienata. Et tamen constat harum actionum diversos esse auctores; Cassius enim, non Paulus, in *l. Cassius, ff. quæ in fraudem creditor.* introduxisse dicitur nominatim actionem, quæ post annum vtilem datur de eo quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, vt loquitur *d. l. ait Prætor, §. vlt.* & Cassium Prætorem esse existimo, cujus meminit, *l. sed & si 26. §. si feriæ, ff. ex quibus caus. major.* Erit ergo tertium genus actionis à Cassio Prætore introductum.

Adde & quartum, quod datur adversus fraudatorem ipsum, id est adversus debitorem; sic enim passim vocatur in *tit. Pandect. & Cod.* Proponitur autem hoc actionis genus in *l. 1. ff. quæ in fraud. creditor.* illo loco, *idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo*, id est actionem dabo: quo casu Venuleius ait in *l. vlt. §. vlt. ff. eod. tit.* Prætorem non tam intueri emolumentum actionis in eo qui bonis spoliatus est, quàm pœnam: vbi Accursius rectè pœnam interpretatur carcerem. Eodem sensu D. Ambrosius in *lib. de Nabute. Vidi*, inquit, *ego pauperem duci, dum cogeretur solvere quod non habebat; trahi ad carcerem, quia vinum deesset ad mensam potentis; deducere in auctionem filios suos, vt ad tempus pœnam differre posset.* Idem in *sermone ad cap. 1. Isaiæ. Subdit planè injuriis more mundi, vt debitor qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat vel corporis vltione.* D. August. *epist. 219. Cùm frater noster Fastius debitor decem & septem solidorum, ab opinatoribus vrgeretur vt redderet; quod ad præsens non inveniebat vnde explicaret se, ne corporalem pateretur injuriam, ad auxilium sanctæ Ecclesiæ convolavit:* quibus omnibus locis, sine vlla dubitatione intelligitur pœna carceris.

Et hanc quidem actionem, quam pœnæ causâ dari dixi, non dubito esse merè personalem; quia hac actione plectitur nequitia ejus qui res suas ita disperdir, vt nullâ ratione recuperari possint, vt loquitur *d. l. vlt. §. vlt.* Videtur enim dari ex genere quodam malæ fidei, adversus eum qui res suas ita malâ mente jactavit, vt earum nec vola, nec vestigium extare possit. Datur tamen hæc actio aliquando adversus eumdem fraudatorem, in quantum facere potest: quod dicitur admissum ad exemplum ejus qui bonis cessit, de quo in *§. vlt. hoc tit.* hoc autem contingit in specie, *l. vlt. C. de revocandis iis quæ in fraudem credit.* ad quam vide Cujac. *lib. 12. Obs. cap. 5.* Et deficiente directâ revocatoriâ datur aliquando vtilis, vt in specie *l. ait Prætor, §. si quid in fraudem cred. ff. quæ in fraudem credit.* vbi notandum quod Iurisconsultus eleganter ait, dulcedine vsurarum nomina probare creditores: & eâdem formâ Manilius *lib. 4. Astronom.*

Navigat, & celeres optando sortibus annos,
Dulcibus vsuris, æquo quoque tempora vendit.

Et hæ sunt vsitatæ actiones, quibus revocari in fraudem creditorum alienata ait *d. l. 1. C. de revocand. iis quæ in fraudem credit.* Sunt autem diligenter inter se distinguendæ, & dispatandæ; ne impingas in errores, quibus vulgus interpretum hunc §. conspurcavit.

* [21] ITEM SI QVIS IN FRAVDEM] Sicut Publiciana rescissoria vsucapionem rescindit, ita & hæc, quæ Pauliana vocatur, traditionem: fingit enim nihil fuisse traditum, & rem in bonis debitoris mansisse; atque ita non in suum, sed in debitoris dominium res alienatas vindicant creditores, si rebus debitoris distractis non fuerit ipsis satisfactum; vt apparet ex *titul. quæ in fraudem credit.* Hæc autem sicut & Publiciana rescissoria annalis est, quia est contra alienationem jure factam, *l. 1. ff. quæ in fraudem credit.* jure enim civili tenet, donec per Prætorem rescindatur: quod vel ex eo manifestum est quia nec rescinditur, nisi priùs bonis debitoris venditis & excussis, *l. 6. quod autem, §. vlt. ff. quæ in fraudem credit. l. 1. & l. 5. Cod. de revocand. iis quæ in fraud. creditor.* cùm scilicet creditoribus non est satisfactum. Effectu tamen inspecto, & actionis conceptione, nullius momenti esse dicitur quod factum est: atque ita hæc actio rei veritate inspectâ dominium revocat; fictione autem, & intentione dominium asserit, quasi scilicet res semper remanserit in bonis debitoris, vt apparet ex *hoc* §. Annus autem vtilis à die venditionis numeratur, *d. l. 6. §. vlt. & l. 10. §. annus, ff. quæ in fraudem credit.*

§. VII. Item Serviana & Quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Servianâ autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem, quâ creditores pignora hypothecásve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, vt sit pro debito obligata: vtraque hac appellatione continetur. sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit [22]. At eam, quæ sine traditione nudâ conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

Ex l. 5. §. vlt. de pignorib.

Ex l. plebs 238. §. 1. de verb. sign.

[22] ITEM SERVIANA] De pignore, jure honorario vel Prætorio actio ex pacto nascitur, *l. si tibi, §. de pignore, ff. de pactis:* vbi serva quod ait *ex pacto*, nam si pignus re contractum sit, nemo est qui nesciat civiles esse actiones, directam & contrariam, de quibus tractatur in *tit. Pandectarum, & Cod. de pigner. act.* Civiles, personales sunt: quæ fuit à Prætore introducta, realis est, *l. pignoris, C. de pignorib. l. 2. C. si vnus ex plurib. heredib. l. pignoris persecutio, ff. de pignorib.* quæ eleganter ait, pignoris persecutionem, quâ nempe creditor rem, quam sibi jure pignoris obligatam esse contendit, persequitur, parere in rem actionem; persecutio enim illo loco est allegatio juris, quod in re pignori obligata creditor habet. Et ita rectè veteres glossæ numquam laudatæ satis, δικαιολογία, *persecutio, allegatio.* δικαιολογούμενος, *persecutor.* Pigneratitiâ contrariâ actione creditor agit ex jure civili, adversus

debitoris personam his casibus, vt si rem alienam pignori dederit, aut malitiosè versatus sit in pignore, *l. 3. & l. 9. ff. de pignerat. act.*

Sed si rei pignori datæ possessionem amiserit, agere debet Prætoriâ actione in rem Servianâ, vel hypothecariâ, *l. si creditor, ff. eod. tit.* Hoc enim casu iure civili nulla fuit prodita actio, quâ rem pignori oppositam creditor persequatur; nisi fortè pignus esset quod dominium transferebat in creditorem, & dicebatur fiducia, vt est apud Paulum *lib. 2. Sent. toto tit. de lege commissoria*, & in *l. 9. C. Th. de infirmandis iis quæ sub tyrannis gesta sunt*: hoc enim casu, creditor tamquam dominus rei vindicationem habuit. Deficiente igitur hoc casu, jure civili, & in casu pignoris nudâ conventione constituti, necessaria fuit hæc Serviana actio, quæ primùm data fuit de rebus coloni, manifestariâ conventione pro pensionibus pignori obligatis, vt D. Cujac. in *priorib. & posteriorib. notis*, & in *l. 4. ff. de pactis*, exposuit.

Servianam autem dictam à Prætoris nomine nemo non videt, quam deinde Prætores dare cœperunt omnibus pignora, hypothecásque persequentibus. Ideóque dicitur quasi Serviana *hoc loco*; quia propriè Serviana fuit primùm de coloni rebus tantùm, & postea inducta ad omnem casum pignoris, hypothecæve: datur enim tam de pignore nudâ conventione constituto, quàm de pignore tradito. Sed cùm datur de pignore dato, propriè dicitur pigneratitia, vt in *l. rem alienam, ff. de pignerat. act. l. si Titio, ff. de pignor.* vel pigneratitia Serviana, vt in *l. 3. §. est autem personalis, ff. ad exhib.* cùm de hypotheca, hypothecaria: vt ex differentia pignoris duæ quodammodo actiones constituantur, quamvis revera vna & eadem actio sit, quæ vtroque casu accommodatur. Et in hanc rem est elegans *d. l. 3. §. est autem personalis*: ait enim eum agere posse ad exhibendum, qui qualicumque in rem actione acturus est, etiam pigneratitiâ Servianâ, aut hypothecariâ, *Quæ*, inquit, *creditoribus competunt*. Quibus verbis duas actiones designare videtur Iurisconsultus: vnam tamen esse constat, quæ in hypotheca primùm introducta, ad pignus quoque inducta fuit; vt quantum ad actionem hypothecariam, nihil intersit inter pignus, & hypothecam: non solùm enim hypotheca, sed etiam pignus hac appellatione continetur, id est hac hypothecariâ formulâ agitur non solùm de hypotheca, sed etiam de pignore; quamvis, vt subjicit, pignus propriè hypotheca non sit; & cùm propriè loquimur, nec abutimur verbis, hanc actionem, quæ de pignore dato datur, Servianam pigneratitiam, non hypothecariam vocamus.

Eodémque exemplo Martianus ait in *l. 11. §. 1. ff. de pignor.* creditorem qui amisit possessionem antichreseos, non hypothecariâ, sed in factum actione vti solere; quia hæc species pignoris ita dati, vt donec pecunia solvatur, pignore creditor vtatur in vicem vsurarum, propriè hypotheca non est: solebant ergo, vt Martianus ait, hoc casu creditores agere in factum actione, non hypothecariâ formulâ. Sed erudité ex Azonis sententia D. Cujac. *lib. 3. Obs. cap. 35.* & hoc casu posse tentari ait, hypothecariam creditori competere, sicut & debitori pigneratitiam directam personalem competere idem Martianus non dubitat in *l. si pecuniam, ff. de pignerat. act.* quid enim vetat hypothecariam, quæ in casu pignoris traditione, non nudâ conventione constituti recepta fuit, ad hanc quoque tertiam pignoris speciem inducere.

* 11 ITEM SERVIANA] Postquam dixit Iustinianus de Pauliana actione, quæ creditoribus chirographariis datur; subjicit de Serviana, & quasi Serviana, quæ datur creditoribus hypothecariis, vt pignora hypothecásve persequantur, & ideo hypothecaria dicitur. Cùm enim pigneratitia civilis daretur tantùm, cùm creditori

in securitatem crediti res erat tradita pignori, vt constat ex toto titulo, *ff. de pigneratitia act.* & *Cod.* deficiebat actio in causa pignoris nudâ conventione constituti: Sed Prætor colore traditionis introduxit primùm Servianam, in rebus coloni manifestâ conventione pro pensionibus fundi pignori obligatis, vt docuit fideliter D. Cujac. *notis priorib. & poster. ad hunc tit.* & ad *l. 4. ff. de pactis*, quam deinde produxit ad omnes creditores, qui pignora, hypothecásve persequerenrur, & quasi Servianam appellavit, sive hypothecariam. Quæ cùm datur de pignore propriè dicto, vtilis pigneraticia dicitur, *l. 41. rem alienam, ff. de pignerat. act.* vel pigneraticia Serviana, *l. 3. §. est autem personalis, ff. ad exhibend.* cùm autem de hypotheca, hypothecaria dicitur: quæ tamen vna eadémque actio est, quamvis duplici nomine decoretur. Licèt autem nihil intersit inter pignus & hypothecam, quod ad actionem hypothecariam attinet, cùm illa tam de pignore, quàm de hypotheca detur; attamen pignus propriè secundùm loquendi vsum ab hypotheca differt, & plures sunt magni momenti differentiæ inter actionem pigneratitiam, & hypothecariam, vt constar ex *Paratit.* D. Cujacii, *de pignerat. actione, de pignorib. & hypothecis, ff. & Cod.*

[23] MAXIME SI MOBILIS SIT] *L. plebs 238. §. pignus, ff. de verb. sign.* pignus enim est propriè, quod deponere dicitur debitor apud creditorem, & de manu in manum tradere: vnde depositum pignus apud Paulum, *lib. 2. Sent. tit. 5. in principio*; quod non propriè procedit in prædiis, quamvis possessio transferatur. Hanc differentiam Sidon. Apollinaris observat *epist. 24. lib. 4. Nil quidem*, inquit, *loco fiduciæ, pignorisque, vel argenti sequestrans, vel obligans prædiorum.* Iuvenalis *Satyr. 9.*

Viginti millia fœnus
Pignoribus positis, argenti vascula puri.

Eâdémque formâ in *l. 9. §. vlt. ff. de supellect. legata.* argentum pignori datum, dicitur propositum propter contractus fidem, & restituendæ rei vinculum.

§. VIII. In personam quoque actiones[24] ex sua jurisdictione propositas habet Prætor: veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia[25]. Sed ex nostra constitutione, quum & si quid pleniùs habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea, quasi supervacua, jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit de peculio servorum, filiorúmque familias: & ex qua quæritur an actor juraverit, & alias complures.

[24] IN PERSONAM QVOQVE ACTIONES] Dubitari meritò poterat, an Prætor qui non habet potestatem legis condendæ, sed interpretandæ, posset inducere obligationes, & actiones ex sua jurisdictione; nam obligatio liberam personam astringit solvendi necessitate, vt ex definitione obligationis apparet: certè ea videtur esse solius legis potestas, vt obligationes introducat, quæ hominis libertatem quodammodo vinciunt. Sed dicendum hoc fecisse Prætorem colore quæsito à jure civili, vt ex *hoc & sequentibus* §. constat: nam constitutum, receptum imitatur, quod fuit civile negotium, ex quo actio receptitia; sicut ex constituto constitutoria, sive de constituta pecunia: propter quam similitudinis rationem, precarium inter contractus numeratur, *l. 23. contractus, ff. de reg. jur.* quia simile est commodato in quibusdam, quamvis in aliis maximè differat: sicut inter receptum, & constitutum plures sunt differentiæ, quæ à Theophilo hîc traduntur, & à Iustiniano in *l. penult. Cod. de constit. pecun.*

[25] CVI SIMILIS VIDEBATVR RECEPTITIA] Hac enim actione olim

tenebantur argentarii, qui in se aliena debita recipiebant: & exemplo hujus civilis actionis quæ de recepto datur, introducta fuit actio à Prætore de constituto; parum enim distat à recepto constitutum, imò est omnino recepto simile. Et ita in §. *præcedenti* Servianam introduxit Prætor in invectis, & illatis in fundum rusticum, ad exemplum civilis actionis de pignore tradito; quasi hoc casu quodammodo pignus traditum videatur, quod, vt loquitur *l. certi C. de locato*, voluntate, & scientiâ domini in fundum conductum inductum est. Et quemadmodum Prætor custoditè in casu simili hanc Servianam initio dedit; ne temerè videatur actionem ex nudo pacto dare, contra regulas juris civilis: ita & hanc constitutoriam actionem certis finibus initio circumscripsit; nec enim fuit de omni re quæ in obligationem cadit, nec omni casu fuit perpetua, sed certis casibus annalis, *l. 2. C. de constituta pecun.* Hanc tamen ampliandam voluit Iustin. id quod plenius erat in veteri receptitia transfundens in hanc actionem; puta, vt locum habeat non solùm in rebus quæ quantitate valent, id est quæ pondere, numero, & mensurâ constant, in quibus mutuum consistit; sed etiam in rebus quæ corpore valent; & vt generaliter, & quocumque casu sit perpetua, non annalis. Sic in §. *fuerat, infrà, hoc tit.* omne jus quod vetus rei vxoriæ actio habuit, transfert in actionem ex stipulatu; & suprà in *tit. de fideicommiss. hereditatib.* senatusconsultum Pegasianum in Trebellianum. Vt ergo in dotibus hodie locus tantùm est actioni ex stipulatu; & in fideicommissis senatusconsulto Trebelliano: sic hodie etiam si quis constituat, vel recipiat se soluturum, quod ipse, vel alius debet, locus tantùm est constitutoriæ actioni, sublatâ omni receptitiâ tamquam inutili, & supervacuâ. Et hoc est quod ait *§. seq. cum omnibus*, non vt olim in receptitia cum argentariis tantùm; sed indistinctè cum omnibus qui se soluturos constituunt, vel recipiunt, quod ipsi, vel alii debent.

§. IX. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint: nulla scilicet stipulatione interposita. nam alioquin si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

§. X. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominúmve comparavit Prætor: quia licèt ex contractu filiorum servorúmve ipso jure non teneantur[26]: æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarúmque, item servorum, condemnari eos.

[26] IPSO IVRE NON TENEANTVR] Id est jure civili, vt rectè Accurs. hoc enim jure vnumquemque ex suo contractu, non ex alieno obligari oportet, *l. pen. C. ne vxor pro marito.* Ipsum jus cùm dicimus, jus civile intelligimus, quod plerumque juri Prætorio opponitur, *l. si sive, §. si procurator, ff. rem ratam haberi, l. 34. §. si is cui, ff. de oblig. & action. l. 27. ff. de reg. jur.* Dedit ergo jus Prætorium ex contractibus filii vel servi, actionem in patrem vel dominum peculio tenus; quasi videantur ipsi contrahere, concesso peculio iis quos in potestate habent.

* 26 IPSO IVRE NON TENEANTVR] Ipso jure, id est jure civili, vnusquisque ex suo contractu, non ex alieno tenetur, *l. 3. ne vxor pro marito, Cod.* ideóque pater ex contractu filii, vel dominus ex contractu servi, conveniri non potest. Æquum tamen visum est Prætori in duobus casibus eos teneri; cùm peculium scilicet iis concesserunt, aut jubentibus illis negotium est gestum: tunc enim summa cum ratione eos conveniri posse receptum est, vt clariùs videbimus in *tit. seq.* in quo de actionibus quæ in patres, dominósque, ex contractibus filiorum, & servorum ex Prætoris jurisdictione accommodantur, ex professo tractat Iustinianus.

§. XI. Item si quis postulante adversario juraverit [27] deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur: justissimè accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

[27] POSTVLANTE ADVERSARIO IVRAVERIT] Iurejurando extra judicium delato, vt in *l. 17. ff. de jurejur.* Prætor actionem negotio de quo juratum est accommodat; vt si quis juraverit se pecuniam credidisse, erit actio si certum petatur de jurejurando; si emisse, ex empto; si societatem fecisse, pro socio, *l. si duo, §. si quis juraverit*, & §. *Marcellus, ff. eod. tit.* qua in actione hoc tantùm quæritur, an juratum sit, *l. 5. §. dato, l. 9. §. 1. ff. eod.* Hanc autem actionem Prætor vnâ edicti de jurejurando parte dicitur inducere, & *l. in duobus. §. vlt. l. eum qui, ff. eod.* alterâ enim parte edicti actionem non promittit, sed jurare, aut solvere cogit, *l. 34. §. ait Prætor, ff. eod.* cùm nempe ab ipso Prætore in jure postulatur jusjurandum: quo casu si sit juratum, Prætor tamquam in judicatum, & confessum dat actionem vtilem judicati; vel extra ordinem judicatum exequitur, *l. si Prætor in fine, ff. de judiciis.* Idémque contingit, si jusjurandum jam impetratâ à Prætore actione competenti, delatum sit coram judice dato; nisi quòd hoc casu judex datus sententiam profert, & reum condemnat actore jurante, *l. actori, C. de reb. credit.* Quod quoque observari constat, si reus in judicio, id est apud judicem datum, confiteatur se debere quod actor petit, *l. vlt. C. de executione rei judic.* nam si in jure, id est apud Prætorem confiteatur, omnino pro judicato habetur, *l. 1. cum similib. ff. de confess.* nec enim Prætor pronuntiat de negotio in quo judicem dare solet, nisi in casu *d. l. si Prætor*, & in *l. in peremptorio, ff. de judiciis*, propter absentis, & tribus edictis evocati contumaciam. Et quod ait *d. l. 34. §. vlt. ff. de injur.* judex si actor juret, condemnet reum: id accipiendum est ex jure antiquo de judice dato; vel ex jure novo de ipso magistratu indistinctè cognoscente, contra veterem ordinem judiciorum, ex *l. 2. C. de pedan. judicib.* nam in *d. §. vlt.* Triboniani manus satis deprehenditur, quem & ideo Paulus Castrensis infuscatum vocat; est enim recenti Triboniani sermone totus interpolatus.

Differentia igitur constituenda est inter jusjurandum præstitum extra judicium, & jusjurandum præstitum in judicio: vtroque casu, fateor, dari dicitur vtilis actio in factum de jurejurando; sed primo casu accommodatur, vt dixi, negotio de quo juratum est, manente tamen pristinâ actione, quæ ex ipso negotio competit: hac enim, si hoc malit, actor potest experiri; vt si juraverit se emisse, potest omissâ hac actione agere ex empto, nec enim hoc casu novatio fit *d. l. eum qui, ff. de jurejurando.* Secundo casu, novatio in judicio fit litis contestatione, *d. l. actori*; ideóque agitur tantùm actione judicati. Primo casu agitur actione accommodatâ negotio de quo juratum est extra judicium; vt postquam judici constiterit actorem jurasse, reus condemnetur. Secundo casu agitur adversus reum ex jurejurando condemnatum, actione quâ agi solet adversus judicatum, negotio sententiâ judicis omnino profligato: ideóque hoc casu, hoc tantùm quæritur an judicatum sit; vt generaliter observatur in actione judicati, *d. l. si Prætor, l. 40. ff. de minoribus*, & in exceptione rei judicatæ, *l. 1. §. pari, ff. de liberis exhib.* Primo casu datur actio ex jurejurando voluntario extra judicium delato: secundo casu ex voluntario, & necessario in judicio delato; voluntarium enim esse non dubito, si ex vtriusque partis voluntate in judicio præstitum sit: quo casu sententia dari dicitur ex placito voluntatis,

tatis, *l. cùm proponas, C. de rebus cred.* Huic voluntati opponitur necessitas, quâ vnâ parte in judicio jurejurandum deferente, auctoritate judicis constringitur pars altera, quæ jurare, aut referre, aut solvere necesse habet, *l. delata, C. eod. tit.*

Eâdem quoque necessitate tenetur is cui jusjurandum refertur, *Necessitate ei imponenda cui jure refertur, relationis sacramentum subire*, ait Iustin. in *l. generaliter, §. sed juramento, C. de reb. creditis.* Vbi diligenter observandum, duas tantùm species jurisjurandi designari: id est tractari tantùm de jurejurando voluntario in judicio ex vtriusque partis consensu delato; & de jurejurando necessario, quod ad petitionem vnius partis judex defert. Potest enim vtrumque referri; non illud quod ex mero judicis officio in summa probationum inopia proficiscitur, sine partium interventu: quod & ideo judiciale dictum est, quia à solo tantùm judice pendet, *l. admonendi, ff. de jurejurando, l. in bonæ fidei, C. eod. tit.* hoc enim referri posse mirabile esset, ait verissimè Fulgosius in *d. §. sed juramento.*

Et vt breviter exponam sententiam *d. §.* & *§. seq.* vult Iustin. in *d. §. sed juramento*, susceptum & approbatum jusjurandum, sive sit ab ipsis partibus delatum, vel ex auctoritate judicis ad petitionem vnius partis, omnino esse præstandum, vel referendum ab eo qui jusjurandum suscepit; susceptum enim sine manifesta turpitudine & confessione recusari non potest, vulg. *l. manifestæ, ff. de jurejur.* Et hoc est quod ait, *Si is cui imponitur sacramentum nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur, vel referatur:* susceptâ enim & comprobatâ jurisjurandi conditione, si is qui suscepit neque jurare, neque referre velit; tunc dicitur sententia ex recusato jurejurando, quod tamen antea probaverat, tamquam in confessum. Idémque contingit, si relatum recuset is qui detulit: vtroque enim casu, quasi ex præstito juramento deciditur; habetur enim pro præstito, quod antea approbatum malè deinde recusatur: nec potest esse provocationi locus, conditione jurisjurandi ab vtraque parte approbata, & hoc est quod ait, *Quis enim ferendus est*, &c.

Sequitur in *§. sequenti* casus superiori contrarius, cùm delatum à parte parti, vel ab ipso judice ad petitionem alterius jusjurandum non subitur, sed recusatur, quod licet certis causis. Imò & hoc casu à delatione licebat appellare, vt Paulus docet *lib. 5. Sentent. tit. quando appellandum sit* 32. quod Iustin. hoc loco prohibet; translatâ tamen appellatione in definitivam sententiam, ne cursus litis importunâ appellatione interrumpatur; sed, vt loquitur, suo marte percurrat, nullo obstaculo ei obviante. Vult ergo hoc casu Iustin. si judex omnimodo jusjurandum præstandum existimaverit, sic causam esse dirimendam, quasi is qui statim recusat conditionem jurisjurandi, eam probaverit, & probatam postea recuset: vt hoc colore & prætextu fretus judex, quasi ex recusato, vt loquitur, sententiam pronunciet; vt in superiore casu, quo non fuit rectè postea recusatum. Inductâ ergo hac fictione voluntatis suscepti jurisjurandi, judex pronuntiat tamquam ex recusato: & hoc est quod ait, *quasi volente eo*, volente nempe, & approbante initio jurisjurandi conditionem, quam tamen postea recusat; vt perinde sit ac si susceperit, & probaverit, & deinde recusaverit: quo casu eleganter ait sententiam dici quasi ex recusato, ad differentiam superioris casus, quo sententia dicitur ex recusato; hoc casu quasi ex recusato, quia quod numquam fuit susceptum fingimus susceptum fuisse, & postea recusatum. Hæc enim est simplex fictio quæ hoc loco proponitur, eum cui delatum est voluisse quod noluit, & quod voluisse fingitur, deinde recusasse.

Nec debemus admittere fictiones glossæ, quia sunt in casibus diversis. hic casus est de recusato ab eo cui delatum est, quem sine vllo circuitu simpliciter fingimus

voluisse, & deinde recusasse: glossa non simpliciter voluisse, sed etiam deferenti retulisse, & postea relatum remisisse, vt in *l. remittit, ff. de jurejur.* qui casus ab hoc nostro alienus est; & si verum amamus, remissum vix potest dici quasi recusatum.

Placere quoque non potest secundus casus, qui ab eadem glossa proponitur, relatum jusjurandum fuisse recusatum ab eo, qui prior detulit; cùm hic noster casus sit de recusato ab eo cui delatum est. Et tamen hoc nomine laudanda est glossa, quia rectè observat hæc verba, *Quasi volente eo*, accipienda esse de parte juramentum recusante, non de judice: color enim, sive prætextus quem Iustinianus fingit, sumitur ex parte ejus qui recusat, qui jurare detrectat; non ex parte judicis, cujus voluntas est plusquam manifesta, voluisse eum omnino jusjurandum esse præstandum. Nil ergo causæ video, cur cum viro magno in *hac lege* legendum sit, *quasi nolente eo*, contra fidem omnium exemplarium; & hæc verba, si diis placet, ad judicem referamus, quasi invito judice jusjurandum sit recusatum: cui enim bono fingimus noluisse judicem, quem revera, sine vlla fictione nominatim voluisse Iustin. ait; an quasi nolentem dicere possumus eum, quem dixit omnimodo censere præstandum esse jusjurandum.

* 27 POSTVLANTE ADVERSARIO IVRAVERIT] Cùm jusjurandum & pactum solâ æquitate naturali nitantur, *l. 45. Stichum, §. naturalis, ff. de solution.* sicut ex pacto non datur actio, ita nec ex jurejurando, nisi cùm lege confirmatur: vt cùm libertus juravit se donum, munus, operas daturum patrono, quo casu lege Papia confirmatur, *l. 7. in principio, & §. jurare, & seq. ff. de oper. libertorum.* In ceteris tamen casibus Prætor ex sua jurisdictione actionem pollicetur, colore quæsito à jure civili, & fictione adhibita: illud enim quod juratum est perinde habetur, ac si probatum fuisset, *l. 5. §. dato, ff. de jurejur.* & consequenter fingit præcessisse contractum, aut rem jurantis esse; vt scilicet ad exemplum juris civilis possit accommodare actionem competentem, *l. 13. si duo, §. si quis juraverit, & §. Marcellus, ff. eod.* vel vtilem ad judicati similitudinem, cùm in judicio delatum est jusjurandum, sive à parte, sive à judice, *l. 8. actori, C. de reb. creditis, & jurejur.* vel vtilem ad similitudinem civilis actionis, secundùm naturam negotii super quo juratum est, cùm extra judicium à parte parti delatum est jusjurandum, *l. 11. sed si, §. si eum, d. l. 13. §. si quis juraverit*, & *l. 29. quod si, ff. de jurejur.* vt rectè docet D. Cujac. in *Paratit. Cod. de rebus credit. & jurejur.*

§. XII. Pœnales quoque actiones [28] bene multas ex sua jurisdictione introduxit, veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset [29]: & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, quum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujúsve dolo alius exemerit [30], & alias innumerabiles.

* 28 POENALES QVOQVE ACTIONES] Multas quoque in personam pœnales actiones Prætor ex sua jurisdictione introduxit, quæ passim in factum dicuntur; quia dantur ex facto, & peccato ejus qui aliquid admisit, quod dignum animadversione Prætor judicat: vt si quis album perpetuæ jurisdictionis causâ propositum corruperit, *l. 7. si quis, ff. de jurisdict.* quo casu contempta Prætoris majestas vindicatur pœnâ quingentorum aureorum. Et injuria quoque Magistratui populi Romani inflicta, cùm vi exemptus est qui in jus vocabatur; actione propositâ quanti ea res est, permissâ actori æstimatione, *l. 5. si per alium, ff. ne quis eum qui in jus vocab. vi exim.*

[29] QVI QVID EX ALBO EIVS CORRVPISSET] Proposuit quoque Prætor actiones multas in personam pœnales, quæ dantur ex facto, & ex peccato ejus qui aliquid admisit, quod dignum animadversione Prætor judicat. Vt si quis album jurisdictionis perpetuæ causâ corruperit, *l. 7. ff. de jurisdict. omnium jud.* Paulus *lib. 1. Sent. tit. 13. Is qui album raserit, sustulerit, corruperit, mutaverit, quidve aliud propositum edicendi causâ*, &c. vbi serva quod ait, *quidve aliud*, hoc enim est quod Vlp. ait in *d. l. 7. in charta, vel in alia materia.* Quæ tamen verba esse ex antiquo glossemate Cujac. censet, *lib. 21. Obs. cap. 24.* sed vtroque loco separatur edictum in albo propositum, ab edicto proposito in alia materia, in charta, puta, vel membranis: album enim propriè fuit, quod ex Hesychio Cujac. docet *d. loco*, tabula è ligno albata; in qua existimo nigris literis edicta fuisse descripta, non vt Theoph. nugatur, albis; vetus fragmentum legis judiciariæ, *in tabula, in albo atramento scriptis:* tituli verò minio, & rubricâ insignes erant, & ideo passim albo junguntur rubricæ; Quintilianus, ad album & rubricas. Plectitur autem albi corruptor pœnâ quingentorum aureorum, non vt malè Accursii glossa, quinquaginta, vt constat ex *d. l. 7.* sed constitutionibus ad hunc quoque casum pœna legis Corneliæ inducta fuit, *l. pen. ff. ad l. Cornel. de fals.* & cum quoque extra ordinem puniri idem Paulus docet *d. tit. 13.*

[30] CVIVSVE DOLO ALIVS EXEMERIT] Malè hoc loco Accurs. duo Prætorum edicta hoc loco designari putat: edictum ne quis eum qui in jus vocatus est vi eximat, & edictum de eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat: Iis scilicet verbis, *Cujúsve dolo alius exemerit*, quod ita refellere possum. Duæ sunt clausulæ edicti, ne quis eum qui in jus vocatus est, &c. primâ tenetur is qui ipse eripuit: secundâ qui per alium, sive præsens, sive absens fuit, *l. 4. §. Prætor ait, & l. 5. ff. eod. tit.* & vindicatur hac actione violata Prætoris majestas, ad quam vocabatur qui vi exemptus est. Edicto verò de eo per quem factum est, &c. plectitur dolus ejus, per quem factum est quominus quis in judicio sisteret, id est apud judicem à Prætore datum: quo casu tenetur actione in id quod interest, in id quod in veritate est, id est revera abest, *l. 3. §. ff. de eo per quem factum est quominus.* Superiori verò casu non tenetur in id quod in veritate est, sed quanti ea res est, permissâ actori æstimatione: hoc enim additum est, vt appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi, *l. 5. ff. ne quis eum qui.* Est ergo ex hoc edicto actio merè pœnalis: ex edicto de eo per quem factum est, &c. quæ competit actio pro pœnali habetur. Ratio differentiæ plusquam manifesta: Primo casu vindicatur injuria inflicta Magistratui populi Romani, id est Prætori: secundo casu vindicatur injuria inflicta homini privato, id est judici à Prætore dato.

§. XIII. Præjudiciales actiones [31] in rem esse videntur [32], quales sunt per quas quæritur an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus ferè vna illa legitimam [33] causam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit. ceteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

[31] PRÆIVDICIALES ACTIONES] Hoc nomen has actiones sortitas constat, quia morantur & impediunt futurum judicium de alimentis, de criminibus, de bonis vel hereditate; vt rectè Iohannes dixerit, omnes alias actiones interim silere debere, donec à Prætore redditum præjudicium definiatur, ex *l. vlt ff. si ingenuus esse dicetur*; quemadmodum priùs de possessione ex interdicto agitur, & deinceps

de proprietate rei vindicatione. Proponuntur autem hoc loco actiones præjudiciales tres. Primâ quæritur an quis liber vel servus sit. Secundâ an ingenuus vel libertus, vt apud Plautum in *Milite glorioso*:

Quid ea ingenua, an festuca facta, serva an libera est.

Tertia est de agnoscendis liberis editis post divortium, vel post mortem patris, vel etiam constante matrimonio, vt agniti alantur. Sunt ergo quæstiones status, quæ propriè Prætoriæ cognitionis sunt, & nominatim majores judices desiderare dicuntur, *l. non distinguemus*, §. *de liberali*, *ff. de recept. & qui arbitr. recept.* Observandum tamen est, aliquando iis præjudiciis à Prætore recuperatores, & judices addictos fuisse, Suetonius *in Vespasiano*, *cap.* 3. Flavia Domitilla ingenua, & civis Romana recuperatorio judicio pronuntiata est, & *in Domitiano*, *cap.* 8. *Recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem monuit.* sic enim legendum esse rectè vir doctus observavit, non *persuasoriis*. Persusorias assertiones meo quidem judicio vocat, cùm à domino proposito fictitio assertore, causa liberalis agitur perfusoriè; & per collusionem patitur dominus servum liberum judicari: qua de fraude, & nimia indulgentia dominorum, factum fuisse senatusconsultum ejusdem Domitiani temporibus, nominatim ait *l.* 1. *ff. de collus. detegenda*; ad quod pertinet ille Suetonii locus, non ad ter repetitas assertiones, de quibus in *l.* 1. *C. de assertionib. tollend.* hæ enim jure antiquo in gratiam liberalis causæ permissæ fuerunt, vt bis, & ter tam magna quæstio seriò, non perfusoriè in judicium revocaretur. Non sunt ergo perfusoriæ assertiones, vt D. Cujac. voluit ad *l.* 13. *ff. de excusat.* & ad *lib.* 5. *Sent. Pauli tit.* 1. vbi quoque malè vtitur, & in *Paratit. Cod. tit. de assert. tollend.* notissimo Martialis de assertore loco:

Hoc si térque quatérve clamitaris,
Impones plagiario pudorem.

Non debemus enim confundere repetitum hunc in liberalibus causis clamorem, vnde & proclamationi in libertatem nomen, cum tribus assertionibus jure judicióque post latam bis sententiam repetitis; quia in singulis assertionibus privilegio liberalis causæ permissis, térque quatérque de more ad libertatem proclamabant. Et quis non videt aliud esse in quocumque judicio liberali bis térque vno tenore, & vnâ salivâ proclamare; aliud verò etiam finito liberali judicio separatim admittere secundam, & tertiam assertionem: vt verè judicata non habeatur liberalis quæstio, nisi tertiâ sententiâ confirmata sit. Sed ad rem.

Non solùm iis Suetonii locis recuperatores datos fuisse in causa status probatur, sed etiam auctoritate Iurisconsultorum: de judice enim, vel recuperatore in causa liberali à Prætore dato intelligenda est *l.* 7. §. 1. *in fine*, *ff. de petit. hereditat.* cùm ait jubere Prætorem judicem liberalis causæ suis partibus fungi. Nec aliter intelligi potest quod dicitur in *l. cognitio*, §. *pen. ff. de liberali causa*, plures dominos servum vindicantes ad eumdem judicem esse mittendos; & in *l. duobus* 30. *ff. eod. tit. Si vno judicio liber, altero servus judicatus est, commodissimum est eousque cogi judices donec consentiant*: cogi, nempe à Prætore, vel à Magistratu judices ex consilio datos; quod in vrbe constabat Senatoribus quinque, & Equitibus totidem; in provinciis viginti civibus Rom. vt Vlp. docet, *lib. reg. tit.* 1. & Theoph. *lib.* 1. *tit. quib. ex causis*: quod & Cujacium in libris ad Iulianum, in *d. l.* 30. *duobus*, latiùs docuisse reperio. Et ex his deprehendere liceat, præjudicialibus actionibus, sicut & ceteris, addictos fuisse, non, vt opinor, quoslibet; sed selectos, & consilii publici causâ in vrbe, vel provinciis Edecumatos.

Obſervandum ergo eſt potuiſſe Prætorem cognoſcere de hoc præjudicio, *l. cognitio, ff. de liberali causa*; ſed lite apud Prætorem ordinatâ, dediſſe aliquando judices, vt Capitolinus D. Marcum ait, ſenatum multis cognitionibus, & maximè ad ſe pertinentibus judicem dediſſe. Hoc tamen poſtea Diocletiani conſtitutio prohibuit, *l. 2. C. de pedan. judicib.* fortè quia ætate Diocletiani recuperatores ex conſilio edecumati non dabantur, admiſſis & datis paſſim omnibus, quaſi repentè apprehenſis; Plinius *epiſt. penult. lib. 3. Nam vt in recuperatoriis judiciis, ſic nos in his comitiis, quaſi repentè apprehenſi, ſinceri judices fuimus.*

* 31 PRÆIVDICIALES ACTIONES] Actiones in quibus agitur de ſtatu præjudiciales dicuntur; ſed cùm cauſa ſtatus majores judices requirat, *l. 32. §. de liberali, ff. de recept. qui arbitr.* & apud Magiſtratus agitetur, non apud pedaneos judices, videbatur dicendum actiones dici non poſſe, ſed cognitiones, cùm non habeant juris ordinarii executionem. Sed dicendum generaliter ſumpto actionis nomine præjudicia quoque contineri, *l. 37. actionis, ff. de oblig. & action.* licèt enim non paſſim per judices pedaneos expedirentur, aliquando tamen in his quoque à Prætore recuperatores, id eſt ſelectos judices datos fuiſſe, plurimis juris locis licet confirmare; nam Vlpianus in *l. 7. ſi quis, §. 1. verſic. planè, ff. de petit. heredit.* docet Prætorem jubere judicem libertatis partibus ſuis fungi: ex quibus verbis conſtat, etiam in cauſa libertatis judices datos fuiſſe. Nec aliter poteſt intelligi, quod traditur in *l. 8. cognitio, §. pen. ff. de liberali causa*, plures dominos ſervum vindicantes, ad eumdem judicem eſſe mittendos, & in *l. 30. duobus, ff. eod.* ſi vno judicio liber, altero ſervus fuerit quis judicatus, commodiſſimum eſſe eouſque judices cogi, donec conſenſerint; cogi nimirum à Prætore, vel Magiſtratu, judices ſelectos, & è conſilio datos. Eæ autem actiones præjudiciales dicuntur, duplici de cauſa: & quia aliis cauſis, ſi quæ intervenerint, judicium per conſequentias afferunt: & quòd antè, & priori loco diſceptantur, & judicantur. Verbi gratiâ, ſi quæſtio ſit de operis, & obſequiis liberti, aut alio jure patronatus; is autem à quo hæc jura petuntur ſe libertum neget, & ingenuum aſſerat; priùs hæc quæſtio agitanda & terminanda eſt, an libertus ſit vel ingenuus: nam ſi fuerit pronuntiatum illum libertum non eſſe, ſequitur etiam præjudicatum videri, illum obſequium, aut operas non debere, *l. vlt. ff. ſi ingenuus eſſe dicet.* Ex his autem quæſtionibus illa dicitur cauſam legitimam habere, in qua de libertate agitur; quia ex lege XII. tab. pendet, quâ cautum erat dari vindicias ſecundùm libertatem, *l. 2. §. cum placuiſſet, ff. de orig. jur.* In rem autem eſſe videntur; quia innexam & implicitam habent proprietatis quæſtionem, licèt de proprietate, & dominio principaliter non agatur, ſed de ſtatu controverſia ſit.

32 IN REM ESSE VIDENTVR] Id eſt quaſi proprietatis cauſam continere, vt rectè Cujac. *in poſterior. not.* eâdémque ratione interdicta de liberis, & libertis exhibendis, eſſe dicimus quaſi de proprietate. Nec obſtat quod ex Placentino aliàs idem vir magnus ſcripſit, de proprietate & dominio ſervi præjudiciali actione tractari, & ita pronuntiari ſervum illius eſſe videri, *l. divi, §. rectè, ff. de liberali causa*: nam ſive quis ex ſervitute in libertatem ſe vindicet, vel ex libertate in ſervitutem petatur; pluſquam manifeſtum eſt non propriè, & principaliter agi de dominio, quod propriâ actione, id eſt rei vindicatione petendum eſt: ſed de ſtatu hominis, qui cùm cauſam proprietatis implicitam quodammodo habeat, de proprietate agi videtur, quod tandem D. Cujac. agnovit. Et quod ex eodem Placentino aliquando admiſit, improbaſſe tandem videtur; dixiſſe Iuſtiniauum hoc loco, *fere*; quoniam ſi quis in libertatem ex ſervitute ſe vindicet, non niſi in modum contra-

dictionis dominii quæstio inducitur; & in jure civili contraria vindicatio non datur, nisi in servitutibus: vt præjudicium verè civile sit, cùm quis ex libertate in servitutem petitur: civile verò propriè non fit, cùm in modum contradictionis, contra jus civile inducitur contraria vindicatio, id est si quis ex servitute in libertatem se vindicet. Hanc enim rationem ineptam esse idem vir præstantissimus docuit suprà in §. *æquè*: quia certissimum est in rebus corporalibus admissam fuisse contrariam vindicationem, quâ possessor rem suam esse dicit, & contrà vindicat, vt suprà latiùs docui.

[33] FERE VNA ILLA LEGITIMAM] Rectè idem Cujac. legitimam causam habere, quia ex XII. tab. descendit, vnde caput illud, *Vindicias dari secundùm libertatem, l. 2. §. initium, ff. de orig. jur.* Ait autem *fere*, quia hæc præjudicialis actio, quamvis incunabula repetat à lege XII. tab. habet tamen quædam nominatim ipso Prætoris edicto præscripta: vt quod dicitur in *l. 21. C. de liberali causa*, esse ex edicto perpetuo, eum qui dolo malo in libertate fuerit, perinde haberi atque si in servitute fuisset. Adde, secundùm formam edicto perpetuo præscriptam, hanc liberalem causam esse ordinandam, *l. 4. C. ne de statu defuncti post quinquenn. quæratur.*

§. XIV. Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: Si paret eum dare oportere[34]. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: quia scilicet dati cuiquam id intellegitur, quod ita datur, vt ejus fiat. Nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Planè odio furum[35], quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, vt extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, Si paret eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

[34] SI PARET EVM DARE OPORTERE] Et ideo ex causa depositi, vel commodati, quia semper intendo vt res mea mihi reddatur, non ita rectè ago, si paret dare; sed addere debeo, si paret dare facere: faciendi enim verbo reddendi causa continetur, *l. faciendi, ff. de verb. sign.* Eâdem ratione *l. 8. §. vlt. de liber. legat.* ait, depositario, vel commodatario rectè legari liberationem, quamvis res deposita, vel commodata mea sit; quia videtur debita, quæ reddenda est, & petitur actione in personam, in qua faciendi verbum continet causam reddendi: ita enim formulâ propositâ, *dare facere*, sufficit vnum probare, *l. sæpe, ff. de verb. sign.*

[35] PLANE ODIO FVRVM] Et eorum qui pro furibus habentur, *l. 4. §. pen. & vlt. ff. de reb. credit. l. si quis inficiatus, §. 1. ff. depositi*: iis enim locis condictio dicitur, quæ præcisè ita concipitur, *dare oportere.*

*[35] PLANE ODIO FVRVM] Vel eorum qui pro furibus habentur, vt sunt inficiatores, *l 4. §. pen. ff. de reb. credit. l. 13. si quis, §. vlt. ff. depositi.* Raptores, aut qui res amovent divortii causâ, *l. 6. §. vlt. & l. 25. ff. de act. rerum amotar.* Hæc autem actio dicitur comparata in odium furum, vt senatusconsultum Macedonianum in odium fœneratorum, *l. 40. qui exceptionem, ff. de condict. indebit.* Et præscriptiones dicuntur odiosæ, non quòd tales per se sint; sed quia sunt inductæ in odium negligentiæ contra desides, & juris sui contemptores, *l. vlt. Cod. de annal. except. contr. Italici tollenda.*

§. XV. Appellamus autem[36] in rem quidem actiones vindicationes;

in personam verò actiones, quibus dare facere oportere [37] intenditur, condictiones: condicere enim est denuntiare prisca lingua. nunc verò abusivè dicimus, condictionem actionem in personam esse, quâ actor intendit dari sibi oportere, nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

*[16] APPELLAMUS AUTEM] Sicut genus actionum in rem est vindicatio, ita & omnium actionum in personam genus est condictio, *l. 25. actionum, ff. de oblig. & act.* in omnibus enim præcedebat solemnis denuntiatio, à qua omnes illæ actiones nomen acceperunt; condicere enim priscâ linguâ est denuntiare. Sed quæri meritò potest, an denuntiatio fuerit vsurpata in actionibus in rem, & tamen condictiones non fuerint appellatæ; quia proprium & principale nomen vindicationis habuerunt. Et verius est asserere, (cùm vindicatio tantùm rem afficiat, & non personam) actorem jus non habuisse denuntiandi & comminandi; nam denuntiatio comminantis est, vt docet Donatus in Terentium *Adelph. actu 2. sc. 1.* non potuisse, inquam, denuntiare ei quem nullo jure obstrictum haberet. Denique cùm favorabilior sit rei suæ petitio, quàm debiti persequutio, *l. 25. ff. de reg. jur.* absurdum, imò iniquum visum fuisset, per hujusmodi ambages & circuitus denuntiationum actionem in rem deferri, & judicium protelari; cùm reus non ita egeat morâ & dilatione ad instruendam causam, & se, cùm rei vindicatione pulsatur, sicut cùm personali actione convenitur. Atque ita in vindicationibus denuntiationes non fuisse vsurpatas certum est.

Sed dicet quis? parum sibi constare videtur Iustinianus, qui in principio §. actiones omnes, quibus dare, aut facere oportere intenditur, condictiones appellari ait: in fine tamen hanc appellationem restringit ad eas tantùm, quæ intendunt dare: nisi cum quibusdam velimus admittere, illum præcisâ loquutione designare quod initio dixerat, dare, aut facere; vt plerumque Iurisconsulti annuâ die dicunt, pro annuâ, bimâ, trimâ die, quod nullo modo est admittendum. Sed dicendum, Iustinianum referre se ad id quod hodie obtinet & observatur; vt illæ tantùm actiones in personam in veteri condictionis nomine remaneant, etiam sublatis denuntiationibus, quæ dare, id est dominium transferre, intendunt. Et eo sensu vera est regula quæ vulgò jactatur, neminem posse rem suam condicere nisi furi, §. *sic itaque discretis,* suprà: quæ falsa esset, si condictionis nomen omnem actionem in personam contineret. Et hæc est sine dubio mens Iustiniani, quam indicat Theophilus, cùm in principio nostri §. actionis personalis intentionem non exprimit; quasi nil referat quâ ratione concipiatur, dare, facere, aut aliis quibusdam modis: cùm generaliter condictionis nomen ibi sumatur pro omni actione in personam. In fine autem exprimit, vt secundùm id quod hodie obtinet, ostendat condictionis nomen ad eas tantùm actiones in personam pertinere, quæ dare, id est dominium transferre, intendunt.

[37] DARE FACERE OPORTERE] Observa quod ait, dare facere, non dare simpliciter, vt in §. *præcedenti:* hac enim formulâ, dare facere, agi potest omni actione in personam, quæ competit ex obligatione, quâ quis ad dandum, vel faciendum obligatus est, *l. 25. ff. de oblig. & act.* quamvis specialiter condictio dari dicatur adversus eum qui dare tenetur, id est dominium transferre, cùm rei *debitæ debitor* dominus est, *l. 1. ff. de liberat. legata.* Sed generaliter omnis actio in personam condictio dicitur, ex veteri illa denuntiatione, quæ in omnibus actionibus per-

ſonalibus neceſſaria erat: imò & interdictis, vt docet *l. penult. Cod. Theod. de denuntiatione & editione reſcripti*, quia quamvis in rem ſcripta ſint, vi tamen ipsâ perſonalia ſunt, *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* Et valde notandum eſt, actionem perſonalem præſcriptis verbis, quæ datur ex contractu innominato & incerto, vocari condictionem in *l. duo in ſolidum, §. vlt. ff. de precario*, & in *l. 1. C. de jure dot.* generali perſonalis actionis nomine: & contra condictionem indebiti actionem ſimpliciter, in *l. 3. ff. rem rat. haberi*, & in *l. 5. §. 1. ff. de cenſib.*

§. XVI. Sequens illa diviſio[38] eſt, quòd quædam actiones rei perſequendæ gratiâ comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam mixtæ ſunt.

*[38] SEQVENS ILLA DIVISIO] Hîc proponitur ſecunda actionum diviſio, non tertia, vt voluit gloſſa: nam actiones omnes, vel perſequuntur id quod nobis abeſt ex patrimonio, vt loquitur *l. 35. ff. de oblig. & act.* & rei perſequutoriæ dicuntur; quales ſunt omnes in rem, & in perſonam quæ ex contractu deſcendunt, exceptâ depoſiti actione in quatuor caſibus: vel meram pœnam, vt ſunt quædam ex illis, quæ ex maleficiis proditæ ſunt; vt furti, ſive manifeſti, ſive nec manifeſti agatur, & ideo pœnales dicuntur: vel rem & pœnam ſimul, & mixtæ appellantur; qualis eſt actio vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ, de quibus ſuprà diximus.

§. XVII. Rei perſequendæ causâ comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum quæ in perſonam ſunt, eæ quidem quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes rei perſequendæ causâ[39] comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum deductam petit actor: itémque commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè ſi depoſiti agatur eo nomine, quòd tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depoſitum ſit, in duplum actionem Prætor reddit: ſi modò cum ipſo apud quem depoſitum ſit, aut cum herede ejus ex dolo ipſius agetur, quo caſu mixta eſt actio.

[39] FERE OMNES REI PERSEQVENDÆ CAVSA] Ait *fere*, quia, vt ſubjicit in *verſic. planè*, actio depoſiti eſt in duplum, ſi agatur eo nomine quo tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depoſitum eſt, in illa omnium trepidatione, in qua, vt loquitur *l. Pedius, ff. de incendio, ruina.* Et totidem verbis Quintilianus *declamat. 259. Rem difficilem expreſſit, fidei experimentum in illa omnium trepidatione, in qua pro ſua quiſque ſalute ſollicitus, nihil de proximo cogitabat.*

§. XVIII. Ex maleficiis verò proditæ actiones, aliæ tantùm pœnæ perſequendæ causâ comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ quàm rei perſequendæ, & ob id mixtæ ſunt. Pœnam tantùm perſequitur quis actione furti. ſive enim manifeſti agatur quadrupli, ſive nec manifeſti dupli, de ſola pœna agitur. nam ipſam rem propriâ actione perſequitur quis, id eſt, ſuam eſſe petens: ſive fur ipſe eam rem poſſideat, ſive alius quilibet. Eò ampliùs adverſus furem etiam condictio eſt rei.

§. XIX. Vi autem bonorum raptorum actio mixta eſt, quia in quadruplum rei perſequutio continetur: pœna autem tripli eſt. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta eſt, non ſolùm ſi adverſus inficiantem

tem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agit: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit secundùm jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint vsque adeò, vt etiam in judicium vocarentur [40]. tunc enim & ipsam rem, vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantùm pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

[40] VT ETIAM IN IVDICIVM VOCARENTVR] Id est si jussu magistratus conventi sunt *versic. sed illa*, §. 26. *infrà*, *hoc tit.* solâ enim conventione, quæ fit auctoritate Magistratus libello subscribentis, tenentur hac actione in duplum: vt in herede cessante annum integrum in exequenda voluntate defuncti, *Novella* 1. ait annum numerari à conventione, & vocatione in jus; vel, vt loquitur, *admonitione*, id est conventione factâ ex sententia judicis, quæ commonitoria dicitur in *l. omnes*, *Cod. de Epis.* & in *l. cum clericis*, §. *memorati*, & §. *statuimus*, *C. eod. tit. Clerici*, inquit, *auctoritate sententiarum commoniti.*

§. XX. Quædam actiones mixtam [41] causam obtinere videntur, tam in rem quàm in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est vt id dividatur. Item finium regundorum, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si vnius pars prægravari videbitur, eum invicem certâ pecuniâ alteri condemnare.

* [41] QVÆDAM ACTIONES MIXTAM] Præter actiones mixtas, quæ rei & pœnæ simul persequendæ causâ proditæ sunt, aliæ quoque mixtæ dicuntur; sed alia de causa, quia scilicet in rem, & in personam simul sunt, id est & rem simul, & personam afficiunt. Quales sunt tres hîc enumeratæ, quæ ex duobus constant, id est rebus, atque præstationibus: quæ sunt personales actiones, *l.* 22. *idem Labeo*, §. *familiæ*, *ff. fam. ercisc.* Illis enim vel vindicamus rem nostram, vt in actione finium regundorum: vel pro parte nostram, vt in familiæ erciscundæ, & communi dividundo judicio: vel petimus id quod nobis debetur, vt cùm impensas fecimus in res hereditarias, aut communes, & eas pro parte à coherede, aut socio repetimus, *l.* 25. *heredes*, §. *si vnus*, *ff. fam. ercisc.* & *l.* 6. *si quis*, §. *sive autem*, *ff. communi divid.* Aut socius, vel coheres solus ex re communi, vel hereditate fructus percepit, & pro parte nostra illos repetimus; nobis enim obligatus est dare, reddere, aut præstare: propter quas præstationes dicuntur actiones in personam, non propter adjudicationes, & condemnationes, vt quibusdam malè placuit; cùm illæ non vi actionis, sed officio judicis, §. *si familiæ*, & §. *si finium*, *infrà*, *de officio judicis*, & magis rebus, quàm personis fiant, *l.* 4. §. *si alter*, & §. *non solùm*, *ff. fin. reg.* vide Cujac. *lib.* 22. *Obs. cap.* 29.

§. XXI. Omnes autem actiones, vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Vlteriùs autem nulla actio extenditur.

§. XXII. In simplum agitur: veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis compluribus causis.

§. XXIII. In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliόve servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriosè vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit[42], æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundùm ea quæ suprà diximus.

[42] QVAS FVGIENDO SERVVS ABSTVLIT] Vix vnquam fugit servus, quin secum aliquid auferat, *l. vlt. ff. de fugitivis, l. qui servo 36. §. vlt. ff. de furtis, l. 12. C. ad l. Fabiam de plagiar.* Horatius:

Formidare malos fures, incendia, servos,
Ne te compilent fugientes.

§. XXIV. Tripli verò[43], quum quidam majorem veræ æstimationis quantitatem in libello conventionis inseruit, & ex hac causa viatores, id est, exequutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint. tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur: vt in hoc triplo, & simplum, in quo damnum passus est connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro Codice fulget[44]: ex qua dubio procul est ex lege condictitiam emanare.

* [43] TRIPLI VERO] Ex lege XII. tab. in jus vocatio fiebat privato actoris arbitrio, qui sequi recusantem, nec fidejubentem judicio sisti, manu ducere postquam fuisset antestatus, & rapere in jus poterat, vt pluribus docet Cujac. *lib.* 10. *Obs. cap.* 10. Sed deinde in jus vocatio fieri cœpit Magistratus auctoritate, vt docet Iustinianus in *§. sed furti, infrà, hoc tit.* idque vel nudo Magistratus mandato, vel scriptura & libello, vel interpellatione actoris apud Magistratum deposita, *l. 4. non ignoret, Cod. de fructib. & lit. expens.* idque per viatores, qui litium executores vocantur, quorum munus fuit reos convenire, & exhibere, & sistere apud judices, & causas instructas offerre. Quo nomine pro modo debitæ quantitatis libello expressæ, certa summa illis præstabatur: qua in re nullum erat periculum, quamdiu metus amittendæ causæ imminebat ei, qui in libello conventionis, & intentione sua plus quàm ei deberetur complexus esset, *§. si quis agens, infrà, hoc tit.* Sed sublato illo periculo constitutione Zenonis, *§. sed hac quidem, infrà, hoc tit.* vt reos onerarent actores, majorem summam in libello conventionis inserere non dubitabant: quod coërcendæ hujus audaciæ, & injuriæ causâ movit Iustinianum, vt constitutione sua tripli actionem introduceret adversus actores, qui majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis exprimerent, vt viatores sportulæ, id est salarii nomine, ampliùs quàm illis deberetur exigerent: quod salarium sportulæ nomine venit, de cujus varia acceptione vide Cujac. in *Paratit. Cod. de sportul.* Et ita constitutio Iustiniani introduxit tripli actionem adversus actorem; & adver-

sus ipsum viatorem, qui contra illius constitutionis normam à reis quidquam exigeret, quadrupli, vt est in §. *quadrupli, infrà, hoc tit.*

[44] QVÆ IN NOSTRO CODICE FVLGET] De hac constitutione vide Cujac. *lib.* 12. *Obs. cap.* 22. & observa viatorum sportulas exactas fuisse à reis, imò & ab actoribus, D. Augustin. *epist.* 54. *Sunt aliæ personæ inferioris loci, quæ ab vtraque parte non insolenter accipiunt, sicut officiales: & à quo amovetur, & cui admovetur officium, ab iis exacta per immoderatam improbitatem repeti solent, data per tolerabilem consuetudinem non solent.*

§. XXV. Quadrupli, veluti furti manifesti, item de eo quod metus causâ factum sit, déque ea pecunia quæ in hoc data sit, vt is cui datur calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condicticia ex nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis exequutoribus litium, qui contra constitutionis normam à reis quidquam exegerint.

§. XXVI. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, à ceteris de quibus simul loquuti sumus eo differunt, quòd hæ actiones omnimodo dupli sunt: at illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi, inficiatione duplicantur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt: non solùm inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem vsque quò jussu magistratuum nostrorum conveniantur. In confitentem verò antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simplum redditur.

§. XXVII. Item actio de eo [45] quod metus causâ factum sit, à ceteris de quibus simul loquuti sumus, eo differt: quòd ejus natura tacitè continetur, vt qui judicis jussu ipsam rem actori restituat absolvatur. quod in ceteris casibus non ita est: sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est & in furti manifesti actione.

* [45] ITEM ACTIO DE EO] Hæc actio differt à ceteris, de quibus Iustin. suprà in §. *quadrupli* loquutus est, quoniam est arbitraria: & ideo ejus naturâ tacitè continetur, vt si reus se subjiciat arbitrio judicis, absolvatur. Quod non est ita intelligendum, vt omnino simpliciter absolvatur, cùm semper debeat satisfacere actori, secundùm id quod æquum religioni judicantis videbitur: sed vt absolvatur ab intentione actionis quæ est in quadruplum, atque ita gravior quàm æstimatio quæ fit à judice ex bono & æquo, cùm reus se subjiciat arbitrio judicis. Quod non sine ratione receptum est, sed quoniam, cùm hæc actio per se habeat graviorem condemnationem, eveniret plerumque nimis asperam & injustam esse sententiam, nisi priùs judex concederet reo facultatem satisfaciendi ex æquo & bono: vt cùm quis actione quod metus causâ ex facto alieno convenitur, *l* 14. §. *in hac actione, ff. quod metus causa.* Atque ita intelligendum videtur, quod dicitur in §. *præterea, infrà*, reum nisi arbitrio judicis satisfaciat condemnari debere; scilicet secundùm intentionem ipsam actionis præcisè: nam & vtique condemnatur, cùm satisfacit actori jussu & arbitrio judicis: sed tunc condemnatur ex æquo & bono, non secundùm actionis intentionem in quadruplum.

§. XXVIII. Actionum autem [46] quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ ercifcundæ, communi dividundo [47], præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim vsque adhuc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non: nostra tamen constitutio apertè eam esse bonæ fidei disposuit.

[46] ACTIONVM AVTEM] Sunt quidam contractus, qui, vt Paulus loquitur *lib. 2. Sent. tit. 17.* ex bona fide descendunt, quibus bona fides inest, *l. hoc jure 152. §. vlt. ff. de reg. juris*; id est maximè desideratur, & exuberare debet, *l. 5. C. de rescind. vendit. l. 3. C. pro socio*: quia si ex dolo, quo nihil magis est contrarium bonæ fidei, oriuntur & originem capiunt, consistere non possunt, & ipso jure nulli sunt, *l. 3. §. vlt. ff. pro socio, d. l. 5. Cod. de rescindenda vendit.* Et quia admittunt præstationes, non solùm quæ linguâ nuncupatæ sunt, ex lege contractui dicta; sed quas bona fides & summa æquitas desiderat.

Alii verò contractus sunt, qui stricti juris dicuntur; in quibus bonæ fidei licèt quædam habenda ratio sit, *l. bonam fidem, C. de oblig. & act.* quam generaliter de omni contractu accipiendam constat; non ideo tamen ita bona fides inesse censetur, vt si fortè dolus supervenerit, per se non subsistant, *l. & eleganter, ff. de dolo*: nec vllas admittunt præstationes præter eas, quæ stricto, subtili, & aspero, & directo jure receptæ sunt, *l. 22. ff. de donationib.*

Quam differentiam ipsa negotiorum natura suggerere videtur: nam in contractibus qui nudo consensu constant, & ex vtroque latere obligationem pariunt, mutuum hunc consensum ex bona fide metiri, & mutuas quoque præstationes, quibus ex æquo & bono, id est ex bona fide invicem tenerentur, admittere proclive fuit; quasi vtraque pars id voluisse videatur, quod bonæ fidei est consentaneum.

In ceteris verò contractibus, qui vel pecuniæ numeratione, vel literarum aut verborum conceptione substantiam capiunt, & vnum tantùm obligant, ideóque impropriè contractus dicuntur, *l. Labeo, ff. de verb. signific.* facti potiùs & rei gestæ, vel ejus quod scripturâ, aut verbis continetur ratio habenda fuit, quàm consensus, cui bona fides, aut dolus malus initium causamve dederit. Qua ratione obtinuit, & per se contractus subsistere, etiam dolo malo interveniente: & nihil extrinsecus esse assumendum præter id, quod nominatim actum erat numeratione, scripturâ, & conceptione verborum: vt ex veteri lege XII. tab. in his obligationibus, quæ jure civili per nexum fieri dicebantur, vti linguâ nuncupatum erat, ita jus erat.

At in contractibus, & conventionibus juris gentium à jure civili comprobatis, multa æquitatis, & bonæ fidei nomine, quod manare latissimè Mutius Scævola apud Tullium ait, recepta sunt; quæ subtilitas summi & stricti juris non admisit in his contractibus, qui non tam consensu, quàm scripto, facto, aut dicto, ex vno tantùm latere constant. In his enim quæritur quid & quantum datum sit, quid scriptum, quid linguâ nuncupatum; & iis veluti finibus circumscribitur obligatio, vt eleganter *l. vnica, C. de rei vxoriæ actione* dixerit, actionem quæ ex his contractibus datur, scripto jure esse vallatam. In illis verò quæritur quid nuda contrahentium voluntas voluisse videatur; qua in re constituenda assumitur id, quod æqui & boni regula, id est bona fides vtrique præscripsisse, & dictasse videtur.

Et ex hac differentia contractuum, inspectâ negotiorum, & contractuum naturâ, compositæ fuerunt à veteribus formulæ, quibus lata, aut angusta judicibus judicandi potestas concessa fuit. Quod à prudentibus primùm constitutum fuisse constat in his contractibus, qui certum nomen habent, fere à M. Tullio enumeratis *lib. 3. de officiis*: in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, & ceteris contractibus, quorum incertam, & ex bona fide pendentem constat esse obligationem: vt & in pecuniæ creditæ numeratione, nec non in obligatione quæ nominibus fieri dicebatur, & stipulatione; ex quibus contractibus certam pecuniam deberi nominatim Tull. ait in *orat. pro Roscio Comœdo.*

In his autem contractibus qui proprium nomen non habent, qui ideo incerti & innominati dicti sunt, ad quos jam proditæ actiones, & formulæ non pertinebant, hunc juris progressum evidentiùs observare licet. Ex his enim primùm dubitatum fuit, vtrum civilis obligatio nasci possit; imò an contractus nomine censendi sint, vt constat ex *l. 7. ff. de pactis*, vbi Aristo Celso respondere dicitur, & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, συνάλλαγμα esse, & civilem obligationem nasci. Ex quo loco, & ex *l. 1. ff. de æstimatoria*, & *l. 1. ff. de rerum permut.* & *l. naturalis, ff. de præscript. verb.* intelligimus quo progressu post varias Iurisconsultorum disputationes res processerit, & quantæ molis fuerit horum negotiorum, quæ civilibus actionibus destituta erant, nomen condere. Nam postquam placuit, & receptum fuit negotia civilia esse, & actionem competere civilem, quam præscriptis verbis vocarunt; quæsitum deinde fuit, vtrum actio quæ ex contractu innominato data fuit ad exemplum & instar contractus nominati civilis, ex quo competit actio bonæ fidei, eodem quoque beneficio donanda esset: neque enim temerè trahendum fuit ad innominatos contractus, id quod in his dumtaxat receptum est, qui suum nomen habent *d. l. 1. ff. de rer. permutat.* Datum quidem illis fuit, vt essent contractus similes contractibus proprio nomine donatis: sed vno impetu omnia, & eadem privilegia nancisci non potuerunt.

Tentat Vlpianus in *l. 2. §. pen. ff. de precario*, actionem præscriptis verbis de precario esse bonæ fidei, cùm ait eam ex bona fide oriri: quod tamen non obtinuit, fortè quia magis accedere donationi, quàm commodato precarium videtur. In æstimatoria, & actione quæ de permutatione datur, hoc faciliùs admissum fuit; quia ii contractus emptioni similes sunt, qua potissimum commercium inter homines constat, cujus commercii gratiâ multa recepta sunt. In ceteris præscriptis verbis actionibus, quamvis contractibus bonæ fidei, locationi, & mandato similes sunt, idem non fuit admissum; quia tanta non videtur horum negotiorum vtilitas & necessitas. Variæ enim sunt causæ, ex quibus obtinuit judicia esse, vel bonæ fidei, vel stricti juris. Iudicia mixta familiæ erciscundæ, communi dividundo, placuit esse bonæ fidei; quia hi quasi contractus similes sunt societati, & actioni communi dividundo inest actio pro socio, vt D. Cujac. notat ex *l. 4. §. sicut, ff. communi divid.* Idem non obtinuit in judicio finium regundorum; quia cessat hæc subtilis ratio similitudinis. In petitione hereditatis, post senatusconsultum D. Adriani propositum in *l. item veniunt, ff. de petit. heredit.* non dubitarunt quidam Iurisconsulti hoc admittere, propter multas præstationes quæ ex bona fide descendunt, vt constat ex *l. planè, §. vlt. ff. eod. tit.* Quod tamen ab omnibus non fuit admissum, *l. vtiles, ff. eod. tit.* & necessaria fuit Iustiniani constitutio, id est *l. vlt. §. vlt. Cod. de petit. heredit.*

* 46 ACTIONVM AVTEM] Quartam hìc proponit actionum divisionem Iu-

stinianus, quam trimembrem constituit: vt actiones quædam sint bonæ fidei, aliæ stricti juris, quædam arbitrariæ. Magis enim placet eorum sententia, qui arbitrarias proprii cujusdam generis constituunt; illæ enim bonæ fidei dici non possunt, cùm inter illas non numerentur hîc à Iustiniano, quò tamen loci omnes fideliter recenset: nec strictæ, cùm in illis vt in strictis judex non sit impos arbitrii sui, sed æstimatio fiat ex æquo & bono, & ex arbitrio judicis pendere dicantur in § *preterea, infrà*, in quo Iustinianus evidenter ostendit, arbitrarias constituere propriam & separatam speciem ab actionibus bonæ fidei, & strictis; cùm postquam de illis in præcedentibus §. loquutus est, subjicit, præterea esse arbitrarias, id est præter jam enumeratas, alias esse quæ arbitrariæ dicuntur.

Bonæ fidei autem dicuntur, in quibus bona fides elucere, & exuberare debet, *l. 3. Cod. pro socio*, *l. 5. si dolo*, *Cod. de rescind. vendit.* & ideo nullus potest esse locus dolo, aut fraudi, aut malitiæ: quod Tullius 3. *Offic.* eleganter ostendit his verbis, *Quid ergo, aut in eo quod æquius melius est potest vlla pars inesse fraudis; aut cùm dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolosè, aut malitiosè potest.* Quod ad differentiam actionum stricti juris dicitur, in quibus scilicet plerumque fraus & dolus versantur, & pleraque dura, aspera, & iniqua exoriuntur. Licèt enim dolus dederit causam contractui stricto, summo tamen jure vires habet, *l. 36. si quis, ff. de verb. obl.* neque potest dolus removeri vi & potestate ipsius actionis, quæ ex illo descendit; sed alieno indiget auxilio, doli puta actione, aut exceptione, *l. 7. & eleganter*, *§. non solum, ff. de dolo mal.*

Contrà si dolus dederit causam contractui bonæ fidei, contractus nullus est, *l. 3. §. vlt. ff. pro socio*; nil enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus, quem comprobare contra bonos mores est. Imò si incidat, potestate ipsius judicii amovetur, id est vi ipsius actionis vindicatur, *l. 6. tenetur*, *§. si dolo*, *ff. de actionib. empti*; quia semper illum abesse oportet in judicio quod bonæ fidei sit, *d. l. tenetur*, *§. vlt.*

Verùm, hanc differentiam infirmare videtur, quod dicitur in *l. 4. ff. de oblig. & action. Cod.* æquum esse in omnibus contractibus bonam fidem considerari: nam si in omnibus habetur bonæ fidei ratio, & nil tam adversatur bonæ fidei quàm dolus; sequitur actionem in omnibus contractibus deficere, cùm dolus dedit contractui causam; vel certè admittendum est jus civile dolum probare, quod est absurdum.

Sed dicendum, jus civile dolum numquam probare, imò bonam fidem etiam in contractibus strictis considerare: id tamen non fieri vi & potestate ipsius actionis, quæ ex contractu oritur. Illius enim vis & potestas non huc vsque porrigitur; sed alieno remedio opus est, actione, puta, de dolo, aut exceptione doli mali, quæ revocat naturalem æquitatem, quam sæpe juris civilis subtilitas offundit, & impedit; ne cui dolus suus per occasionem juris civilis, contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1. ff. de doli mali & met. exc.* Quæ tamen exceptio, sicut & reliquæ, bonæ fidei judiciis inest, ejúsque habetur ratio à judice, etiamsi non opponatur, *l. 13. in judiciam*, & *l. seq. ff. communi divid.* quoniam hæc actio propriis viribus dolum repellit, nec alieno indiget auxilio.

Alia etiam differentia maximè notanda est, & observanda: vt in judiciis strictis nulla ratio habeatur nisi eorum, de quibus inter contrahentes actum est, *l. 99. quicquid, ff. de verb. obl.* In iis enim quæritur quid & quantum datum sit, quid scriptum, quid linguâ nuncupatum, & his veluti finibus obligatio circumscribitur: itavt eleganter dixerit Iustinianus in *l. vnica*, *§. sed etsi, Cod. de rei uxor. act.* actionem quæ ex contractu stricto descendit, stricto jure esse vallatam; quoniam præter

id quod nominatim actum est numeratione, scripturâ, aut verborum conceptione, nihil extrinsecus assumit.

At in actionibus bonæ fidei, quæ fuerit nuda contrahentium voluntas quæritur: qua in re constituenda assumitur id, quod æqui bonique regula, id est bona fides vtrique dictasse, aut præscripsisse videtur. Nam bona fides quæ illis inest efficit, vt multa naturaliter inesse credantur judicii potestate, quæ alterum alteri præstare oportet, *l. 11. ex empto, ff. de actionib. empti.* Inesse, inquam, etiamsi expressa non fuerint, quod non sine summa ratione receptum est; sed quoniam illis contractibus, ex quibus eæ actiones descendunt, vitæ societas vtilitatum inter homines communicatione maximè continetur; & quia ejus sunt naturæ, vt varias præstationes hinc inde admittant: de quibus cùm non sit facile contrahentes diligenter cavere, necessarium fuit bonam fidem in iis supplere, quod minùs cautum fuisset, *§. vlt. suprà, de oblig. ex consensu.* Qua de causa olim, in formulis bonæ fidei hæc clausula inseri solebat, *ex bona fide condemna eum judex*; quæ non apponebatur strictis.

Sed dicet quis, his distinctionibus & differentiis olim locus esse potuit, cùm rigor & subtilitas formularum observabatur: sed postquam strictarum actionum asperitas, & iniquitas variis remediis paulatim cœpit temperari, *§. in bonæ fidei, hoc tit.* & generaliter tandem placere, in omnibus potiorem esse justitiæ æquitatísque, quàm stricti juris rationem, *l. 8. placuit, Cod. de judic.* nulla superesse potest inter actiones differentia; cùm in omnibus indistinctè æquitas debeat dominari.

Sed hoc nullo modo admitti posse, manifestè apparet ex *§. fuerat, hoc tit.* in quo Iustinianus apertè hanc differentiam admittit, & conservat, cùm asserit se actionem ex stipulatu, quæ sui naturâ erat stricta, fecisse bonæ fidei: quod esset ridiculum, si nulla superesset inter actiones bonæ fidei & strictas differentia.

Alia igitur est *d. l. 8.* mens & sententia: nimirum, in stricto judicio cùm oritur manifesta iniquitas, vt olim sæpe, posse illam temperari jurisdictione judicantis; quod olim non ita licebat, vt colligitur evidenter ex *§. in bonæ fidei, infrà, hoc tit.* Verumtamen, in bonæ fidei judiciis licere judici solutiùs æquitatem sequi, vt loquitur Vlpianus in *l. 14. §. idem Labeo, ff. de relig. & sumpt. funer.* id est liberiùs laxiùs, vberiùs: cujus rei hanc elegantissimam reddit rationem; quia hoc ei natura actionis indulget. Quod videre est in fructibus, vsuris, pactis, & eo quod interest; in quibus aliud obtinet etiam hodie, in actionibus bonæ fidei, & in strictis, *l. 7. §. quinimò, & §. adeò, de pactis, ff.* & *l. videamus 38. §. si actionem*, & *§. in ceteris, ff. de vsuris.*

* 47 FAMILIÆ ERCISCVNDÆ, COMMVNI DIVIDVNDO] Meritò quæri potest, an idem de finium regundorum actione sit intelligendum; cùm illa mixtam causam obtineat, & permittatur judici rem vni ex litigantibus adjudicare ex bono & æquo, maximámque inter se habeant hæ actiones similitudinem, & fraternitatem, *§. quadam actiones, suprà, hoc tit.* Sed cùm in *hoc §.* inter ceteras bonæ fidei non recenseatur, dicendum est illam non esse bonæ fidei; quia ratio quæ efficit vt illæ inter bonæ fidei judicia recenseantur, in hac cessat: nulla enim societatis imago, & similitudo in finium regundorum judicio; quæ tamen hoc extorsit in aliis duabus. Illi enim quasi contractus sunt similes societati; imò actioni communi dividundo inest actio pro socio, vt rectè Cujac. docet ad *l. 4. §. sicut, ff. communi divid.* at cessat hæc ratio subtilis similitudinis in finium regundorum judicio, & consequenter idem non est receptum. Denique hæc actio in personam est,

& personales præstationes continet: plerumque oritur ex delicto, vt cùm quis malitiosè circa fines aliquid commisit, *verbi g.* lapides finales furatus est, vel excidit; in delicto autem bonæ fidei ratio haberi nequit, §. *si finium, infrà, de offic. judic.*

§. XXIX. Fuerat antea & rei vxoriæ actio[48] vna ex bonæ fidei judiciis: sed quum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res vxoria antè habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: meritò rei vxoriæ actione sublatâ, ex stipulatu, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantùm in exactione dotis meruit, vt bonæ fidei sit. Sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius[49] providentiâ hoc induximus.

[48] FVERAT ET ANTEA REI VXORIÆ ACTIO] Ait rei vxoriæ actionem fuisse bonæ fidei, quam nominatim in æquum & bonum conceptam fuisse docet *l. eas obligationes, ff. de capite minutis.* in hac enim addita fuerunt hæc verba, quæ excellere dicuntur à M. Tull. *lib. 3. de Offic. quantum æquius & melius. l. pen. §. vlt. ff. soluto matrim.*

Et observandum est, non omnes actiones bonæ fidei fuisse ejusdem potestatis; plenior enim fuit formula actionum, in quibus non solùm ex bona fide, sed etiam in quantum æquum & bonum erit formula concipiebatur. Quamvis enim æquum & bonum nihil aliud esse videantur quàm bona fides *l. 2. & l. 5. ff. de oblig. & act.* hæc tamen subtiliùs à prudentibus fuerunt distincta. Nam bonæ fidei nomine, in bonæ fidei judiciis continentur civiles præstationes, jure civili in qualibet actione receptæ, & constitutæ; quæ inesse dicuntur cujusque judicii potestate, *l. ex empto, §. 1. ff. de action. empti*, vel vt loquitur *l. bona fides, ff. depositi*, continetur bona fides præceptis civilibus, & Prætoriis temperata, id quod jure civili æquum & bonum est. Quòd si nominatim adjiciatur clausula in æquum & bonum, actio non solùm civiles, sed etiam naturales præstationes, id est quidquid æquum & bonum est jure naturali, admittit; vt de dote dicitur nominatim in *d. l. eas obligationes.* ideóque, quacumque ratione alteruter circumventus sit in dote danda, potestate hujus judicii juvari dicitur, quamvis major 25. annis sit; quia naturalis ratio non admittit lucrum quod quis facit cum alterius damno, *l. jure succursum est, §. vlt. ff. de jure dot.* cùm tamen contrà civili ratione aliud obtineat, nisi vltra dimidium justi pretii deceptus sit venditor, *l. 1. §. vlt.* junctâ *l. 2. ff. depositi, l. 2. C. de rescind. vendit.* Differunt ergo manifestè præstationes.

Idem dicendum esse arbitror de funeraria actione, quæ est vtilis actio directæ actionis bonæ fidei negotiorum gestorum; dicitur enim ex æquo & bono oriri, *l. 14. §. hac actio, ff. de relig. & sumptib. funer.* & propter hanc adjectionem Vlp. ait in *d. l. §. idem Labeo*, judicem huic actioni addictum non debere meram negotiorum gestorum actionem imitari; sed solutiùs æquitatem sequi, cùm ei hoc actionis natura indulgeat. Et valde notanda est vtilitas hujus adjectionis, quâ formula plenior fit: vt si actioni in rem adjiciatur, vel subjiciatur exceptio doli mali, hac adjectione actio bonæ fidei constituatur, *l. Seia, ff. de mortis causa donat.* Imò eadem exceptio nominatim apposita, & subjecta in judicio bonæ fidei, vt *l. 3. C. de except.* bonæ fidei nomen facit manare latissimè, quod D. Cujac. observat *lib. 3. Obs. cap. 17*

Et

Et ratio vtilitatis hæc eſt nondum hactenus ſatis explicata; quia exceptio doli mali revocare dicitur æquitatem naturalem, quam ſæpe juris civilis ſubtilitas offundit, *l. 1. §. 1. ff. de doli mali & met. except.* Hoc ergo præſtat in judicio bonæ fidei, vt non ſolùm civiles, ſed etiam naturales præſtationes admittantur. Quod jam docui præſtare *clauſulam* nominatim in æquum & bonum conceptam, cujus quoque beneficio contingit, quaſdam actiones *ſtricti juris* admittere naturales præſtationes; vt condictiones quæ ex æquo & bono deſcendere dicuntur. Hoc enim nominatim proditum eſt de condictione indebiti, *l. condictio, l. indebiti, ff. de condict. indebiti*, vbi hæc condictio ex æquo & bono introducta, naturalis eſſe dicitur, & ideo admittere naturales præſtationes: non autem civiles, quæ admittuntur in judiciis bonæ fidei; quia admittere non poteſt præſtationem vſurarum ex mora, *l. 1. C. eod. tit.*

Idem dicendum eſt de ceteris ſtricti juris judiciis in æquum & bonum conceptis, de quibus vide Cujac. *lib. 22. Obſ. cap. 14.* Hæ enim actiones quamvis ex æquo & bono eſſe dicantur, non etiam bonæ fidei ſunt. Vt valde notatu dignum ſit, quaſdam actiones eſſe ſtricti juris, in quibus licet judici conſtituere quod æquum & bonum eſt naturaliter, non civiliter: quemadmodum ſunt quædam judicia bonæ fidei, in quibus licet judici id æſtimare naturaliter & civiliter: vt in hac actione de dote, quam in actionem ex ſtipulatu tranſtulit Iuſtinianus, quæ olim ex cauſa dotis competebat, ſi ſtipulatio intervenîſſet; & eam hodie ex parte ſoceri & vxoris ſemper tacitè intelligi vult, notâ conſtitutione, quæ extat in *tit. C. de rei vxor. act.*

Retinuit igitur, vt hoc loco ait, actionem quæ plenior erat: ſed ne ea quoque amitteret commoda, quæ actio bonæ fidei præſtare ſolet; actionem ex ſtipulatu hoc caſu, id eſt in exactione dotis, bonæ fidei fecit, dato, vt nominatim ait in *d. conſtitutione*, actioni ſtrictæ, bonæ fidei beneficio. Nec enim ſemper & omni caſu vtilior eſt actio ſtricti juris, quæ nil fere relinquit judicis poteſtati: verbi gratia, ex actione ſtricti juris non debentur vſuræ ex mora, quæ tamen præſtantur ex judicio bonæ fidei: ergo hac parte vtilior erit bonæ fidei actio, ſi moram fecerit debitor. In actionibus bonæ fidei non licet de apicibus & ſubtilitate juris diſputare, vt eleganter ait *l. ſi fidejuſſor, §. quædam, ff. mandati*; id eſt non admittitur tenuis quælibet exceptio procuratoria, vel moratoria, veluti formulæ non ritè conceptæ: quæ tamen facilè admittuntur in judiciis ſtricti juris, quæ ipſa juris ſubtilitate nituntur, vt eruditè docet D. Cujac. *lib. 27. Obſ. cap. 23.* In bonæ fidei judiciis, cùm nondum dies venit præſtandæ rei pecuniæve, rectè agitur ad cautionem interponendam de re pecuniáve ſolvenda cùm dies venerit, *l. in omnibus, ff. de judiciis, l. quotiens, §. ſi ſemel, ff. de peculio, l. ſi conſtante, §. quoties, ff. ſoluto matrim.* quod non eſt receptum in judiciis ſtricti juris.

Habet & actio bonæ fidei alia quædam notiſſima, quæ meliorem aliquando conſtituunt actoris cauſam. Ideóque, vt vtriuſque actionis commodis vti poſſit, ſubjicitur contractibus bonæ fidei ſtipulatio: ſic enim poterit actor ſecundùm ea quæ proponuntur, vtiliorem actionem eligere. Et in ſpecie propoſita, Iuſtinianus ob eamdem rationem transfert favore dotium omnia beneficia actionis bonæ fidei, in actionem ex ſtipulatu; vt non propriâ tantùm, ſed etiam veteris actionis pulchritudine hæc renovata actio ſit decorata, vt eleganter ait in *d. l. vnica, §. ſed & ſi non ignoramus, C. de rei vx. actione.*

* 48 FVERAT ANTEA ET REI VXORIÆ ACTIO] Ad dotem ſoluto matrimonio repetendam dabatur actio rei vxoriæ, & ex ſtipulatu; inter quas erant plures maximi momenti differentiæ, vt apparet ex *l. vnica, Cod. de rei vxor. act.* In

qua, sublatâ actione rei vxoriæ, omnem vim & potestatem illius transtulit in actionem ex stipulatu Iustinianus: ita tamen vt omnes eventus, quos dos ex stipulatu habet pro natura sua, maneat exercens; & vt non propriâ tantùm, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata inveniatur, vt ipse loquitur in *d. l. vn.* Retinuit autem actionem ex stipulatu quasi pleniorem, quam bonæ fidei fecit; ne ea quoque amitteret commoda, quæ actio bonæ fidei præstare solet. Nec enim semper, & omni casu vtilior est actio stricta, quæ fere nihil relinquit judicis potestati; sed vtraque habet sua commoda, quæ meliorem aliquando constituunt actoris causam. Quamobrem, vt vtriusque actionis commodis vti actor possit, subjicitur contractibus bonæ fidei stipulatio; vt secundùm ea quæ proponuntur, vtiliorem actionem possit eligere.

Sicut autem actiones strictæ non omnes eodem jure fuerunt, sed aliæ aliis strictiores, vt docet Cujac. *lib. 28. Pauli ad edict. ad l. 5. ff. de eo quod certo loco*: sic & bonæ fidei non omnes fuerunt ejusdem potestatis, nam pleniores erant illæ, quarum formula in bonum & æquum concipiebatur, vel in quantum melius & æquius; quia in illis bonæ fidei nomen manabat latissimè, cùm non tantùm civiles, sed etiam naturales præstationes, id est non tantùm quod jure civili, sed & quod jure naturali æquum & bonum est admitterent: cùm aliæ, quæ ex bona fide concipiebantur, civiles tantùm admitterent, & bonam fidem præceptis civilibus, & Prætoriis temperatam, *l. 31. bona fides, ff. depositi.* Inter quas præstationes maxima est differentia; nam in actione ex empto, quæ bonæ fidei est, licet se circumscribere; dummodo vltra dimidiam justi pretii non decipiatur venditor, *l. 2. & l. 8. Cod. de rescind. vendit.* In actione verò de dote, quæ in quantum melius & æquius, non licet: sed quâcumque ratione alteruter circumventus fit in danda dote, potestate actionis de dote juvari dicitur, quamvis 25. annis major sit; quia naturalis ratio non admittit lucrum, quod quis facit cum alterius damno, *l. 6. §. vlt. de jure dot.* quod tamen civilis ratio admittit in actione ex empto, vsque ad dimidiam partem justi pretii, vt diximus.

Ex his apparet plus præstare clausulam in æquum & bonum conceptam, cujus quoque beneficio actiones quasdam stricti juris, naturales præstationes admittere docet D. Cujacius *lib. 22. Obs. cap. 14.* Atque ita maximè observandum quasdam esse actiones strictas, in quibus judici licet constituere id quod naturaliter, id est secundùm bonam fidem naturalem, æquum & bonum est: & non civiliter, id est secundùm bonam fidem temperatam præceptis civilibus, & prætoriis. Sicut sunt quædam bonæ fidei judicia, in quibus licet id judici æstimare civiliter tantùm: quædam in quibus & civiliter, & naturaliter; vt in actione de dote, quam, vt diximus, Iustinianus transtulit in actionem ex stipulatu.

⁴⁹ CVIVS SOLIVS] Rectè Accursius, *mulieris*, malè Theophilus, *dotis, non donationis propter nuptias*, deceptus à *l. assiduis, §. vlt. C. qui potiores in pignore.* Quis enim non videt Iustinianum his verbis manifestius facere quod dixit, præferri mulierem omnibus creditoribus anterioribus, cùm ipsa mulier de dote agit, cujus contemplatione hoc privilegium introductum est; quod & D. Cujacio placuit in *posteriorib. notis.* Et hoc tamen ita exaudiendum esse monet, vt neque heredi extraneo, neque patri idem privilegium competat: quod liberis tamen indulgendum esse non dubitat, vt exposuit ad *Novell. 91.* ex communi interpretum sententia, rerum judicatarum auctoritate sæpius confirmatâ. Nec obstare videtur quod ait *solius*; quia eâdem fere formâ scriptum videtur in *l. pen. C. de operis libertor.* libertos patroni fi-

liis debere reverentiam solùm; quibus tamen debentur operæ etiam. Et in *l.* 1. §. *ad hac, C. de annali except.* solam hypothecariam actionem 40. annorum vti curriculis; cùm tamen constet, & in aliis quibusdam eamdem præscriptionem locum habere, quod & Accurs. notat. Et in *versic. sed nostra constitutio, infrà,* §. *seq.* in omnibus actionibus admittendam esse compensationem, exceptâ solâ depositi causâ; & tamen, vt notat D. Cujac. excipienda videtur actio commodati, *l. vlt. C. commodati:* itémque actio momenti. Adde, in *d. l. assiduis,* §. *exceptis,* hoc privilegium nominatim datum fuisse liberis prioris matrimonii, quibus antea se dedisse ait Iustinianus tacitam hypothecam adversus res paternas, & patris creditores, vt in *l. 6. in fine, C. de bonis qua liberis, Nov.* 22. *cap.* 2. vt in hoc casu duabus dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore maneat prærogativa.

Sed cùm Iustin. hoc loco tam apertis verbis, & in *d. l. assiduis,* profiteatur se contemplatione mulieris hoc suum privilegium induxisse, cùm ipsa mulier de dote agit; quia Reipublicæ interest mulieres dotes suas consequi, vt nubere possint, *l.* 2. *ff. de jure dot. l. interest, ff. de reb. auctor. judic. possid.* Crediderim hoc privilegium concessum tantùm liberis prioris matrimonii adversus novercas agentibus, odio secundarum nuptiarum, non esse indistinctè concedendum liberis adversus priores creditores: & hoc solùm casu à Iustiniano excepto, liberos esse præferendos anterioribus creditoribus, cùm adversus novercas agunt. Nam si soli agant, favorabilior videtur creditorum causa: nec quod liberi prioris matrimonii consequuntur in concursu novercæ ratione speciali, quia novercam vincunt; id omnibus liberis temerè dandum est. Hoc enim casu locus est notissimæ regulæ, de qua in *l. Aristo, ff. qua res pignori vel hypoth.* si vinco vincentem te, & te quoque vincere debeo; vt in hac specie à D. Cujac. proposita ex Harmenopulo *lib.* 3. Res obligata est Titio, deinde fisco, tum doti: fisco præfertur Titius, Titio mulier, atque ita fit vt fisco potior sit dos; quod locum non haberet, si inter fiscum & mulierem controversia tantùm esset. Idémque obtinet, si inter liberos solos, & creditores res agatur; privilegium enim quod mulieri tantùm datum est, cessat in favorem liberorum prioris matrimonii odio secundarum nuptiarum, si agant adversus novercam. Sed si destituantur hoc concursu, non possunt per se consequi, quod per aliam personam consequuntur. Et hoc plerumque contingit, cùm quæritur de privilegiis creditorum.

Nec obstat *d. Nov.* 91. quæ simpliciter ait, privilegium hoc quod datum est adversus novercam suam dotem repetentem, datum fuisse solis liberis, non extraneis heredibus, vel creditoribus defunctæ mulieris. Nec loquitur de hac prærogativa, quam regulariter sola mulier habet adversus creditores anteriores: sed de privilegio, quod adversus mulierem ipsam datum est prioris matrimonii liberis. Quæ duo privilegia diligenter distinguenda sunt; hoc enim datur liberis adversus novercas novo privilegio donatas: illud verò datur mulieri adversus anteriores creditores. Et quemadmodum Iustin. docet privilegium datum liberis in *d. l. assiduis,* numquam datum fuisse heredibus, & creditoribus mulieris; quia datum est solis liberis: ita quoque in hoc §. *fuerat,* nominatim ait privilegium illud datum mulieri, solius mulieris contemplatione inductum fuisse: justâ tamen interpretatione receptum est, & hoc quoque privilegium liberis concedendum esse, quamvis ex subtilitate juris omnino denegandum esse videatur.

§. XXX. In bonæ fidei autem judiciis[50] libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat.

In quo & illud continetur, vt si quid invicem præstare actorem oporteat: eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latiùs introduxit: vt actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione [11], cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus: ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defrudetur.

[10] IN BONÆ FIDEI AUTEM IUDICIIS] Serva quod ait, *permitti videtur*; hoc enim tacitè inest actioni, cujus natura ita est constituta, vt admittat ex bona fide præstationes. Quorum verborum vis & potestas longè latéque patet. In arbitrariis judiciis, in §. *sequenti*, *versic. in his enim*, ait hoc permitti: ait, inquam, permittitur, non permitti videtur; quia expressâ clausulâ judici committitur arbitrium, *l.* 14. §. *pen. ff. quod metus causa*, *l.* 3. §. *ibidem*, *ff. ad exhibendum*, *l.* 3. *ff. de eo quod certo loco*, quod demptâ clausulâ judex non haberet, *l. arbitrio*, §. 1. *ff. de dolo.* ideóque rectè in §. *præterea*, *infrà*, *hoc tit.* ex arbitrio judicis pendere dicuntur. Actiones bonæ fidei pendent ex obligationibus, in quibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex æquo & bono præstare oportet; quemadmodum dicimus conventionales stipulationes pendere ex negotio contracto, *l.* 5. §. *conventionales*, *ff. de verb. oblig.* & in iis sequitur judex id quod nominatim conventum est, vel id quod naturaliter inest judicii potestate, *l. ex empto*, §. 1. *ff. de action. empti.*

Hoc autem inesse ait omnibus bonæ fidei judiciis, vt debiti liquidi, certi, confessi, admittatur compensatio ipso jure; quæ in strictis judiciis oppositâ doli mali exceptione olim inducebatur. Sed compensationum jura ampliavit Iustin. in *l. vlt. C. de compensation.* ad quam vide Cujac. *lib.* 15. *Obs. cap.* 12.

*[10] IN BONÆ FIDEI AUTEM IUDICIIS] In bonæ fidei judiciis liberam potestatem judici permitti videri æstimandi ex æquo & bono, quantum restitui actori debeat, Iustin. asserit: in arbitrariis autem, permitti. Ait enim in §. *præterea*, *infrà*, *permittitur judici*; quo verbo indicat differentiam maximam, quæ hac in re est inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias: vt scilicet, in judiciis bonæ fidei tacitè hoc insit actioni, cujus natura ita constituta est, vt admittat ex bona fide præstationes; propter hanc clausulam, *ex bona fide damnetur*: cùm in arbitrariis hoc fiat; quia expressâ clausulâ judici committitur arbitrium his verbis, *Nisi arbitrio judicis satisfaciat, condemna judex*, *l.* 14. §. *pen. ff. quod met. causa*, *l.* 3. *ibidem*, *ff. de exhib. l.* 3. *ff. de eo quod certo loco*; & ideo ex arbitrio judicis pendere dicuntur. Actiones autem bonæ fidei pendent ex obligationibus, in quibus alter alteri obligatur ex eo, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet; sicut conventionales stipulationes: & in his, vel sequitur judex quod inter contrahentes actum est, vel quod naturaliter inest judicii potestate, vt docet Vlpianus in *l.* 11. *ex empto*, §. 1. *ff. de actionib. empti.* Quâ autem ratione compensationum jura fuerint ampliata, & prudentum interpretatione, & constitutione Alex. Severi, & denique Iustiniani *l. vlt. Cod. de compensat.* docet D. Cujacius *lib.* 8. *Obs. cap.* 16. & *lib.* 15. *cap.* 12.

[11] EXCEPTA SOLA DEPOSITI ACTIONE] Excipiendam quoque esse commodati actionem suadere videtur *l. vlt. C. commodati*, quam quidam corruptam esse censent; sed verius est *d. legem* esse simpliciter accipiendam; propter pe-

cuniam creditam, non impediri restitutionem corporis commodati, quod & D. Cujacio tandem placuit.

§. XXXI. Præterea quasdam actiones[52] arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quàm in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa[53], aut dolo malo factum est. Item quum id quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio, ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus & ceteris[54] similibus permittitur judici ex bono & æquo secundùm cujusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

52 PRÆTEREA QVASDAM ACTIONES] Hæ arbitrariæ actiones sunt veluti mediæ inter actiones bonæ fidei, & actiones stricti juris; in quibus vel condemnatio fit ex æquo & bono, secundùm naturam actionis quæ latè patet; vel secundùm strictas contrahentium conventiones. Differentia autem omnis pendet ex varietate formularum. Actiones bonæ fidei ita concipiuntur, *Si paret dare facere oportere ex empto vendito*, &c. *tum ex bona fide condemna eum judex*. Actiones stricti juris, *si paret dare oportere ex mutuo, vel ex stipulatu, condemna eum judex*. Actionibus arbitrariis subjicitur ante condemnationem clausula arbitrii, *Nisi arbitrio judicis satisfaciat condemna eum judex*: quia rem omnem interventu, & vt ait Theophilus *μεσιτείᾳ* judicis potiùs, quàm judicio vel sententiâ definiendam esse censet Prætor. Adeo vt si hanc viam eligat reus, & paratus sit arbitrio judicis satisfacere, etiam invito actore, nullus relinquatur condemnationi locus, *l.* 14. §. *hæc autem actio, ff. quod metus causa*, & *l.* 4. §. 1. *ff. de eo quod certo loco.*

Et hoc ipsum est quod ait hoc loco, *nisi arbitrio judicis*, &c. quod nempe liceret reo in quacumque parte litis, vsque ad sententiam interpellare: quod tamen actore refragante, & ex formulâ petente reum condemnari, in judiciis stricti juris admitti non potest. Vnde in *d. l.* 14. §. *hæc autem*, & in *d. l.* 4. §. 1. in istis actionibus hoc permitti dicitur nominatim; quia sunt actiones arbitrariæ.

Et quod vulgò dici solet omnia judicia esse absolutoria, si reus satisfaciat actori, §. *vlt. infrà, de perpet. & tempor. action.* hoc ita exaudiendum est, si solutionem & satisfactionem admittat actor. Vt si volenti creditori agenti arbitrariâ de eo quod certo loco, solvat pecuniam debitor quæ in obligatione est, cessat arbitrium, *l. centum Capuæ, l. vlt. ff. quod certo loco:* quam tamen invitus non cogitur accipere, *l. pen. ff. eod.* nisi præstet vtilitatem omnem arbitrio judicis: hanc enim si offerat judicis arbitrio, reus absolvitur, nec vlla sequitur condemnatio. Quod non observari in judiciis stricti juris plusquam manifestum est, propter necessitatem formulæ; ex qua si apparet deberi id quod actor petit, omnimodo condemnandus est reus, secundùm intentionem actoris.

Sed in bonæ fidei judiciis, idem quod in arbitrariis admittendum esse videtur; quia adjectio arbitraria bonæ fidei judiciis inesse dicitur *l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco.* Et in his ergo idem potest officium judicis, sed non ratione eâdem: quam-

vis enim liberam potestatem accipiat judex addictus bonæ fidei judicio; collimare tamen debet ad eam æquitatem, quam negotii, sive contractus natura suggerit. In arbitrariis verò nulla fere est conventio, nullum negotium vltro citróque gestum, cujus ratio à judice haberi possit: ideóque ex varietate causarum relinquitur judicis arbitrio, quemadmodum actori reus satisfacere debeat; vt rectè Festus dixerit, arbitrum esse judicem, qui totius rei habet arbitrium & facultatem. Sunt enim actiones vel in rem, vel in personam; quibus agitur de re restituenda, quæ remanet in dominio actoris, vel discessit per vim, metum, & dolum: de re in qua actor jus quoddam habet, quod ipsam rem afficit. Quibus casibus quæritur quemadmodum res restituenda sit, quam & restituendam potiùs esse, quàm id quod interest præstandum, ipsa æquitas suadet; invitis enim nobis nemo res nostras retinere debet, *l. si filiofam.* 25. §. 1. *ff. soluto matrim.* Et in hoc versatur officium judicis, vt his casibus priùs jubeat rem restitui cum omni causa; quod & reus offerre potest si vult, se nempe restituturum officio judicis.

Præcedit autem jussus, vt si dolo vel contumaciâ rem non restituat, duriorem sententiam patiatur, *l. qui restituere, ff. de rei vindicat. l. si fundus. §. in vindicatione, ff. de pignor.*

Sed observandum est, hunc jussum non præcedere in duabus actionibus arbitrariis, quibus agitur non de re restituenda, vt in superioribus; sed vel de damno dato actione noxali, quâ tenetur dominus ex maleficio servi: in qua hoc receptum est, noxæ deditione posse dominum evitare condemnationem, §. *dominus, infrà, de noxalibus action.* vel de pecunia solvenda, quam quis certo loco se soluturum promisit. In his enim actionibus frustra præcederet jussus sententiam; quia nullus dolus non restituentis potest considerari, vt duriori sententiâ plectatur: nam in noxali actione, quemadmodum non valeret sententia condemnantis noxæ dedere servum, *l. 6. §. pen. ff. de re judicata*; sic quoque interlocutio, vel jussus valere non potest: frustra enim jubet, quod reo à lege permissum est, etiam post definitivam sententiam, *l. item veniunt, §. idem rectè, ff. de petit. heredit.* Idémque contingit in actione arbitraria de eo quod certo loco, in qua hoc tantùm quæritur, quid æquum sit reum præstare actori habitâ ratione loci; nec plus vel minus condemnatio habere potest.

In his igitur duabus actionibus, potest reus offerre noxæ deditionem judicis arbitrio; vt nempe interponantur necessariæ cautiones judicis interventu: potest offerre satisfactionem, & solutionem arbitrio judicis, qui & in actione de eo quod certo loco, solâ cautione aliquando contentus est. Et nisi vtatur hoc beneficio actionis, nisi ita dedat, vel satisfaciat; condemnatur ex noxali actione vel in certam summam, vel in noxæ deditionem, §. 1. *infrà, de offic. judic.* vel ex actione de eo quod certo loco condemnatur id præstare, quod actoris interest habitâ ratione loci. Et ita incipit teneri actione judicati, quæ durior & acerbior est; nam & ex inficiatione olim crescebat in duplum, & majores vsuras admittere potest.

Arbitrium autem dicitur in his actionibus, quidquid officio judicis, & interventu peragitur; sive jubeat rem restitui; sive vltrò oblatam à reo satisfactionem admittat; vel absolvat sive condemnet: nam & in condemnatione versatur arbitrium. Festus, *Arbitrium dicitur sententia, quæ ab arbitro statuitur.*

* 52 PRÆTEREA QVASDAM ACTIONES] Actiones arbitrarias esse speciem quamdam propriam actionum, præter bonæ fidei, & stricti juris, ostendit evidenter Iustin. cùm his expositis, subjicit præterea esse arbitrarias. Quæ actiones ar-

bitrariæ bonæ fidei dici non possunt, cùm inter eas non enumerentur; nec stricti juris, cùm in illis judex sit impos arbitrii sui: istæ autem ex arbitrio judicis pendeant, vt loquitur in hoc §. Iustin. Harum enim proprium est, vt judex huic actioni addictus ita demum condemnet reum, si actori non satisfaciat arbitratu, & æstimatione ipsius judicis: in his enim clausula de satisfactione arbitrio judicis facienda inseritur, aut illarum naturâ tacitè continetur, vt docuit Iustin. suprà in §. *item actio:* quod in ceteris actionibus non obtinet, sed in strictis formulæ adstrictus judex qualitati contractus debet servire, *l. 2. §. nunc de officio, ff. de eo quod certo loco.* In bonæ fidei autem judiciis, in quibus adjectio arbitraria inesse dicitur, *l. 7. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco*, quamvis liberam potestatem accipiat judex, propter clausulam, *ex bona fide reus damnetur:* collimare tamen debet ad eam æquitatem, quam negotii sive contractus natura suggerit, à qua non debet recedere. In arbitrariis autem, nulla fere est conventio, nullum negotium vltrò citróque gestum, cujus ratio à judice haberi possit: ideóque ex varietate causarum relinquitur judicis arbitrio, quemadmodum reus actori satisfacere debeat; veluti rem restituendo, exhibendo, solvendo, vel ex noxali causa servum dedendo, vt dicitur in *hoc* §.

Denique harum actionum differentia apparet ex eo, quòd in strictis exceptiones non potuerunt objici, nisi priùs impetratæ à Prætore fuissent eodem tempore, quo actio impetrabatur; alioquin vi formulæ proditæ actionis judex inclusus, & adstrictus, illarum rationem habere non poterat. In bonæ fidei autem judiciis, neque impetrari, neque objici eas necesse fuit: quia satis ex officio suo judex earum rationem habere poterat, *l. 38. planè, & l. vlt. ff. de petit. heredit.* At in arbitrariis, sufficiebat eas in judicio objici, id est coram judice dato, etiamsi non impetrarentur à Prætore, *l. Papinianus, ff. de public. in rem act.* & *l. 3. §. ibidem, ff. ad exhib.* Ex quibus constat, actiones arbitrarias esse medias inter actiones bonæ fidei, & stricti juris.

[53] QVOD AVT METVS CAVSA] In hac actione æstimatur quanti ea res est, delato ex contumacia jurejurando in litem actori; sed adhibitâ taxatione certâ à judice, *l. arbitrio, ff. de dolo:* & hæc litis æstimatio deinde quadruplatur, *l. 14. §. quadruplatur, ff. quod metus causa.*

[54] ET CETERIS SIMILIBVS] Vt in Pauliana, *l. ait Prætor 10. §. per hanc, ff. quæ in fraudem creditor:* in Fabiana, *l. tenetur, ff. si quid in fraudem patroni:* in actione finium regundorum, *l. 2. in fine,* & *l. 3. ff. fin. regundor.* in redhibitoria, *l. si redhibitoria, ff. de ædilic. edicto.* in actione rerum amotarum, *l. si cùm dos in fine, ff. rerum amotar.* in actione confessoria, & negatoria servitutum, *l. harum, ff. si servitutibus vindic.*

§. XXXII. Curare autem debet judex[55], vt omnimodo quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

[55] CVRARE AVTEM DEBET IVDEX] Incerta quantitas non solùm in actionibus bonæ fidei, & arbitrariis, sed etiam in actionibus stricti juris esse potest, si in id quod interest agatur, *l. vlt. ff. de Prætoriis stipulat.* Ideóque debet judex curare, vt certam nihilominus sententiam ferat, quæ certis finibus concludatur, *l. 7. & 9. C. de sentent. & interloc. Quantum*, inquit hoc loco Iustin. *possibile ei sit:* eâdémque formâ in *l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest*, ait se prout possibile est taxationem imponere condemnationi in id quod interest. vide Cujac. *lib. 9. Obs. cap. 31.*

* 55 CVRARE AVTEM DEBET IVDEX] Iste §. non tantùm ad actiones arbitrarias & bonæ fidei pertinet, in quibus receptum est judicem posse ex æquo reum condemnare, secundùm cujusque rei de qua agitur naturam; id est in id quod interest, quod sui naturâ incertum, officio tamen judicis debet definiri, vt in *hoc §.* dicitur: sed etiam ad strictas, quia & in illis in id quod interest agitur, quod semper incertum est, *l. vlt. ff. de Prætor. stipulat.* Ideóque debet curare judex, vt certam nihilominus sententiam ferat, quæ certis finibus concludatur, *l. 7. & 9. Cod. de sentent. & interloc. judic.* Certa autem est res, vel quantitas, non tantùm si nominatim exprimatur; sed etiam si intelligatur, & repeti possit ex libello conuentionis, vel instrumento obligationis, vel parte aliqua actorum, *l. 5. §. vlt. & l. 59. in sententiis, ff. de re judicata*, vel ex legibus ipsis & jure publico, vt in specie *l. 1.* & *l. 2. C. de sentent. quæ sine certa quantitate prolata est.*

§. XXXIII. Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit, quàm ad eum pertineat: causâ cadebat, id est, rem amittebat, nec facilè in integrum à Prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicut in aliis causis causâ cognitâ succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sanè si tam magna causa [56] justi erroris interveniebat, vt etiam constantissimus quisque labi posset: etiam majori vigintiquinque annis succurrebatur. veluti si quis totum legatum petierit, pòst deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant vt plus petiisse videretur petitor, quàm dodrantem, atque ideò lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur [57]: re, tempore, loco, causa. Re: veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte, suam esse intenderit. Tempore: veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Quâ ratione enim qui tardiùs solvit quàm solvere deberet, minùs solvere intellegitur: eâdem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur. Loco plus petitur [58]: veluti quum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit, sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratiâ, si is qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dare spondes? Romæ purè intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intellegitur, quia vtilitatem quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti [59] arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur vtilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. Quæ vtilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones, diversa ha- *Ex Caio l. 3. de eo quod certo loco.*

bent

bent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem vsuris fenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, quo vt sibi detur stipulatus est, purâ actione rectè agit: idque etiam Prætor monstrat, scilicet quia vtilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intellegitur, proximus est is, qui causa plus petit: vt ecce si quis ita à te stipuletur, Hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? deinde alterutrum petat: veluti Hominem tantùm, aut Decem aureos tantùm. Ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, vtrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantùm, vel hominem tantùm sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario: & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii verò sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, vt quis intendat hominem Stichum, aut aureos decem sibi dari oportere, id est, vt eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter vinum stipulatus, specialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intellegitur: quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere, quàm quod peteretur. Quinetiam licèt vilissimum sit, quod plus petat, nihilominùs plus petere intellegitur: quia sæpe accidit, vt promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in vsu fuerant: postea autem lex Zenoniana & nostra rem coërcuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum: statui oportet quod Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum: omne, si quod fortè damnum vt in sportulis ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut suprà diximus, puniatur.

[16] SI TAM MAGNA CAVSA] Similis locus in *l. de ætate*, §. *ex causa*, *ff. de interrog. in jur. fac. l. 2. ff. de condict. indebit.* & in *l. 3.* §. *pen. ff. de in litem jur.* & ad hanc magnam, & inopinatam causam referenda est, *l. vlt. C. de rebus credit.* quâ Iustinianus succurrit heredi, qui jusjurandum detulit legatario, prolato postea testamento: quod veteres non admittebant, quia iniquum esset de perjurio quæri, §. *æquè, infrà, de except.* Imò, ait Iustin. iniquum esset ex hoc perjurio lucrum facere legatarium. (Sic enim rectè veteres libri MSS.) ex hoc, inquam, perjurio: nec enim hæc decisio ad alias quascumque probationes post jusjurandum repertas, sine lege expressa temerè trahenda esset.

[17] PLVS AVTEM QVATVOR MODIS PETITVR] Eucherius Episcopus Lugdunensis *homil. de Paschate*, quam quidam malè tribuunt Eusebio Emisseno, *Sicut in negotiis gerendis quatuor modis plus petendo, subire periculum pro juris ratione prohibetur; quibus quatuor modis, id est loco, tempore, genere, qualitate.* Sed immutatum fuit hoc jus constitutionibus Leonis & Iustin. ad quas vide Cujac. *lib. 12. Obs. cap. 21.*

* 57 PLVS AVTEM QVATVOR MODIS PETITVR] Habuit locum periculum plus petitionis in actionibus strictis, & arbitrariis, non in actionibus bonæ fidei, *l. 7. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco*, propter clausulam *ex bona fide reus damnetur.* Non enim potest videri plus petere, qui omnem petitionem suam refert ad bonam fidem: ideóque actionibus bonæ fidei inesse adjectionem arbitrariam vulgò dicitur. Sed plus petitionis pœna immutata est constitutionibus Zenonis & Iustiniani, ad quas vide Cujacium *lib. 11. Obs. cap. 21.*

* 58 LOCO PLVS PETITVR] Qui certo loco se daturum stipulanti promisit, alio loco directâ, & purâ actione conveniri non potest, propter periculum plus petitionis: vnde agendi facultatem numquam competere stipulatori videbatur, si promissor ad eum locum, in quo se daturum promiserat, nunquam accederet. Sed quia hoc iniquum erat, Prætor excogitavit actionem vtilem, comparatam ad exemplum directæ civilis, quam proponere stipulator quocumque loco potest, factâ tamen loci mentione quo dari debuit, *l. 1. ff. de eo quod certo loco:* quæ adjectio loci actionem facit arbitrariam, & petitionem ita temperat; vt qui eam proponit, loco potiùs solutioni destinato, quàm alibi proponere videatur. Verbi gratiâ, qui Ephesi dari sibi stipulatus est, & Romæ petit, ita agit, si apparet Titium Ephesi centum dare oportere, condemna eum judex; vt Theophil. docet ad §. *praeterea, suprà*, & confirmat Iurisconsultus in *l. 2. §. hac autem actio, ff. de eo quod certo loco.* Vnde non mirum si periculum plus petitionis evitet, cùm secundùm verba obligationis petere videatur; & in arbitrium judicis conferat, vt rationem habeat vtilitatis, quæ posset competere tam ipsi actori, quàm reo, si loco destinato solutio fieret: vtriusque enim vtilitatem hæc actio continet, *l. 2. arbitraria, & l. 4. ideo, ff. de eo quod certo loco.* quæ vtilitas maxima invenitur & in mercibus, & in pecunia numerata, vt hîc docet Iustinianus.

59 ALIO LOCO PETENTI] Congruo scilicet, & competenti, ex sententia Iohannis: & ita accipiendum est quod Iurisconsultus ait in *l. eum qui, ff. de judiciis, l. si duo, §. & si certò, ff. de constit. pecun.*

60 PVRA ACTIONE RECTE AGIT] Id est sine adjectione loci, quo casu ipsa sola summa petitur, nec amplius quid, *l. 4. ff. de eo quod certo loco.* Sed addit exceptiones duas; prima hæc est, si quid creditor sit stipulatus, vt puta vsuras: hoc enim casu propriâ actione, id est certi condictione petit vsuras. Secunda hæc est, si temporis vtilitas intervenerit, quo casu erit actio arbitraria; quia vtilitas temporis augere vel minuere summam potest, vt docet D. Cujac. *tractatu 3. ad African. ad l. centum Capuæ, ff. de eo quod certo loco.* Falsum est quod hoc loco Theophilus indistinctè notat, judicio Ephesi constituto, quo scilicet loco dari debuit, ejus quod interest rationem ex loco ducendam esse.

§. XXXIV. Si minùs [61] in intentione complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat: velut si quum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit: aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit: sine periculo agit: in reliquum enim nihilominùs judex adversarium in eodem judicio condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

61 SI MINVS] Valde notanda est hæc Zenonis constitutio, quâ licet judici supplere id, quod deest intentioni actoris: quod non fuit antea admissum, ea nempe quærere & tractare, quæ is cujus ea dici quæríque interest, neque dicit, neque

postulat: hoc enim, vt Gellius *lib.* 14. *cap.* 2. patrocinari potiùs est, quàm judicare. Et absentis quidem litigatoris partes judicem adimplere aliquando ait *l. vlt. C. de appellat.* non præsentis, qui ea quæ dicto quæsitóve opus sunt, dicere & postulare debet. Et hoc est, quod ex jure nostro Perilianus Episcopus in collatione 3. Donatistarum Carthagini habita apud Marcellinum judicem ab Imperatore datum inter Orthodoxos & Donatistas refert, *Petilianus Episcopus dixit, si absentes essent ex adverso sistentes, liceret tibi, vir nobilis, absentem partem judiciario animo defendere; nunc præsentes sunt ipsi, mihi respondeant.* Sed Diocletiani constitutione, quæ extat in *tit. C. vt quæ desunt advocatis partium judex suppleat,* permittitur judici supplere ea, quæ desunt litigatoribus, vel advocatis; &, vt loquitur, præferre ea quæ scit legibus, jurique publico convenire, si sint à litigatoribus prætermissa: id est, vt Harmenopulus exposuit rectè, supplere juris rationes prætermissas, non ea quæ sunt facti. Plus præstat hæc Zenonis constitutio, vt liceat judici contra id quod nominatim in actionem deductum sit, supplere, & corrigere actoris intentionem.

§. XXXV. Si quis aliud pro alio[62] intenderit: nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognitâ veritate, errorem suum corrigere ei permittimus: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento sibi dare oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

[62] SI QVIS ALIVD PRO ALIO] Vide in hunc locum posteriores notas D. Cujacii, adhibitâ *l.* 3. *C. de edendo*, ex qua ita distinguit. Si post litem contestatam decreto Prætoris opus est, nec id permittitur actori ipso jure: si ante litem contestatam, post actionem editam, ipso jure id actori licet, cui nominatim hoc permittitur edicto de edendo, *d. l.* 3. Et hoc quidem vetusto jure, cùm judicia ordinaria in vsu erant, non inficior fuisse observatum. Sed contendo, nominatim hoc loco hoc vetus jus Iustinianum corrigere, & his verbis contineri non dubito novam constitutionem, quæ alibi non extat. Et huic similes placuit Iustiniano aliquando multas his libris aspergere, (quod & D. Cujac. docet) neque priori, neque posteriori Codici insertas; vt in §. *vlt. suprà, qui & ex quibus causis manumittere non possunt*, & in §. *sed neque, suprà, de testamentis ordin.* vbi ait, *concedimus*, vt hoc loco *permittimus*: quæ verba præ se ferunt novi juris introductionem; quod miror non fuisse à Cujacio observatum. Licet ergo ex hac nova constitutione, sine Prætoris interventu, etiam lite contestatâ, etiam in eodem judicio, mutare vel emendare actionem.

*[62] SI QVIS ALIVD PRO ALIO] Observanda distinctio hîc allata à D. Cujacio, inter eum qui post litem contestatam, & illum qui antè, errorem suum corrigere vult: vt qui post litem contestatam hoc facere desiderat, sine decreto Prætoris non possit; qui verò ante litem contestatam post actionem editam, ipso jure possit, *l.* 3. *C. de edendo*: quod sine dubio ad jus antiquum referendum, cùm judicia ordinaria erant in vsu. Sed illud jus Iustinianum corrigere in hoc §. indicat verbum *permittimus*, quod ostendit hodie ex hac nova constitutione, quæ alibi non extat, licere actori indistinctè, tam ante litem contestatam, quàm post, errorem suum corrigere absque Prætoris auxilio.

§. XXXVI. Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum, quod nobis debetur, persequimur. sed modò solidum consequimur, modò minus: vt ecce si in peculium filii servive agamus. Nam si non

minùs in peculio sit quàm persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur. si verò minùs inveniatur: eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intellegi debeat, suo ordine proponemus.

§. XXXVII. Item si de dote judicio mulier agat: placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur: si minùs, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito retentio concessa est[63]: quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

[63] MARITO RETENTIO CONCESSA EST] Ita rectè veteres libri & Theoph. scribunt. Sciolus quidam adjecerat particulam *quasi*, propter *l. vnic. §. taceat, C. de rei vxor. actione*, ex qua cessat omnis retentio, datâ marito actione mandati, vel negotiorum gestorum: & ita beneficio harum actionum, non propriè retentionem, sed quasi retentionem maritum homo ineptus habere existimabat. Quis enim non videt *hunc* §. esse accipiendum secundùm jus Pandectarum, ad quod nominatim nos remittit.

§. XXXVIII. Sed & si quis cum parente suo patronóve agat: item si judicio societatis agat: non plus actor consequitur, quàm adversarius ejus facere potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.

§. XXXIX. Compensationes quoque[64] oppositæ plerumque efficiunt, vt minùs quisque consequatur, quàm ei debebatur. Namque ex bono & æquo, habitâ ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa[65] præstare oportet, judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.

*[64] COMPENSATIONES QVOQVE] Cùm in actionibus bonæ fidei olim compensatio ipso jure fieret, itavt qui totum peteret à reo, malè peteret, *l. 4. & 21. posteaquam, ff. de compensationib.* & hodie in actionibus strictis, post prudentum auctoritatem, & constitutiones Alex. Severi, *l. 4. 5. & 6. C. de compensat.* & Iustiniani, vt docet Cujac. *lib. 8. Obs. cap. 16.* idem obtineat *l. vlt. C. de compensat.* non videretur admittendum quod dicitur, compensationem esse opponendam. Nam si opponi debet, sequi videtur illam ipso jure non fieri, id est solâ juris potestate. Sed hoc non obstat, quoniam cùm hoc facti sit, necesse quidem est reum opponere compensationem: sed eâ oppositâ & probatâ, intelligitur jam antea ipso jure perempta obligatio ad eam summam quæ compensatur. Ideóque sistitur cursus vsurarum, quæ debentur ex mora vel ex stipulatu, secundùm causæ qualitatem, *l. 11. cùm alteri, ff. de compensat.* & qui errans solvit, condictionem indebiti habet, vt quod excedit summam debitam reperat, *l. 10. si ambo, ff. de compensationib.*

[65] EX EADEM CAVSA] Hæc verba ex jure veteri sunt interpretanda, quo in bonæ fidei judiciis admissa tantùm fuit compensatio ex eadem causa: sed admissa deinde fuit ex diversa etiam, vt Paulus docet *lib. 2. Sent. tit. 5.* quod non animadvertens Theoph. hæc verba pro superfluis habuit, quæ tamen constanter retinent omnes libri.

§. XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat: ex integro in id, quod facere potest, creditores cum eo experiuntur. inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari. *Ex Vlp. l. 4. de ces. bonor.*

Quod cum eo contractum est qui in aliena potestate est.

CAPVT VII.

QVIA tamen superiùs mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias servorúmque agitur, opus est vt de hac actione & de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominósve dari solent, diligentiùs admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur: ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi domimíque, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè observatur, separatim ostendemus.

* CVM is qui in aliena potestate est contraxit, adversus patrem aut dominum ex illo negotio non datur actio civilis, §. *actiones, suprà, de actionib.* sed datur Prætoria ad illius exemplum comparata; non quasi ipsi teneantur principaliter, sed per obliquum, filii scilicet, aut servi nomine. Quod non est in omnibus casibus admittendum, sed duobus tantùm, cùm scilicet peculium concesserunt. Ex quo capite tres oriuntur actiones, de peculio specialiter dicta, tributoria, & de in rem verso: æquum enim est eum non decipi, qui inspecto peculio quasi patrimonio, cum eo qui in potestate est contraxit; sed ei dari actionem, quatenus peculii vires patiuntur. Alter casus est cùm intervenit jussus, quia tunc qui cum eo negotium gerit, qui in potestate est, fidem domini aut patris sequi videtur, §. *si igitur, hoc tit.* nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet, *l. 1. ff. quod jussu.* Ex quo capite tres oriuntur actiones; quod jussu scilicet, exercitoria, & institoria, quæ ex tacito jussu dantur: quia qui præponit, videtur clara voce omnibus dicere, hunc ego præpono, qui volet cum eo contrahat periculo meo, vt rectè Theophilus docet, & *l. 1. §. magistrum 1. vers. si quidem, ff. de exercitoria act.* & *l. sed si pupillus, §. de quo palam, ff. de institor. act.* & ideo in solidum dantur, §. *eadem ratione, hoc tit.* in quo differunt ab illis quæ ex peculio descendunt.

§. I. Si igitur jussu domini[1] cum servo negotium gestum erit: in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. *Ex l. 1. quod jussu.*

[1] IVSSV DOMINI] Id est voluntate, *l. 5. §. pen. ff. de in rem verso*; voluntas enim, habitâ ratione ejus qui in potestate est, jussus dicitur, *l. si quis mihi bona, §.*

jussum, ff. de acq. vel omitt. hered. Et ita jussum pro voluntate accipimus in *l. 1. ff. de his qui notant. infam.* & §. 1. *suprà, de nuptiis*, vt apparet ex conjunctione *l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. & ex Paulo lib. 2. Sent. tit. 19.*

Hac autem actione dominus tenetur, cujus jussu, vel voluntate servus contrahit in re peculiari: sive sermonem dirigat dominus in personam servi, sive in personam extranei, vt rectè glossa *hoc loco.* Vtroque casu fidem domini sequitur is qui cum servo contrahit: primo, quia voluntate domini perspectâ cum servo contrahit, quamvis non sit nominatim rogatus: secundo, quia nominatim rogatus est.

Dicitur autem jussus, vt dixi, respectu servi, quem in re peculiari contrahere vult dominus speciali voluntate, præter illam generalem, quâ servo peculium est concessum. Ideòque quatenus mandaverit Tirio dominus, vt cum servo contrahat, quod jussu tenetur, & dicitur jussisse servum contrahere, *l. 1. §. sed & si mandaverit, ff. quod jussu.* Sed si dominus mandaverit non in rem peculiarem, sed in rem suam, est actio mandati, *l. si tibi, C. mandati:* vt si quis servo credat pecuniam in rem domini sine mandato, secutus tamen voluntatem domini; tenetur dominus vtili actione ad instar institoriæ actionis, *l. vlt. C. de institor. & exercitor. act.* Vtroque enim casu perinde est, ac si credita sit pecunia cuilibet domini negotium gerenti, vt in *l. liberto, ff. de negot. gest. l. pen. C. de institor. & exercit. act.*

Ex his apparet, quâ ratione separandus sit jussus à mandato; qua in re plerique frustra sunt. Mandatum ex re domini, & in rem domini consistit, cùm rem domini gerit servus: jussus in re peculiari, cùm rem suam potiùs, quàm rem domini servus gerit.

§. II. Eâdem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, quum quis servum suum magistrum navi præposuerit, & quid cum eo ejus rei gratiâ, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, quum quis tabernæ fortè, aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, & quid cum eo ejus rei causâ cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit: scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

§. III. Introduxit & aliam[2] actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causâ contractum erit: ita Prætor jus dicit, vt quidquid in his mercibus erit, quódque inde receptum erit, id inter dominum si quid ei debetur, & ceteros creditores, pro rata portione distribuatur. & quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit: hanc ei actionem accommodat quæ tributoria appellatur.

*[2] INTRODVXIT ET ALIAM] Hæc actio ex peculio descendit, & tamen differt maximè ab actione de peculio: quoniam in actione de peculio melior est conditio domini, quàm ceterorum creditorum, quia omnibus præfertur, *l. 9. §. peculium autem, & l. 52. ex facto, ff. de peculio.* In tributoria autem par & æqualis est conditio domini & ceterorum creditorum, omnes enim in tributum vocantur, *l. 1. ff. de tributor. act.* Nam illa est correctio iniquæ distributionis mercium peculiarium, dolo malo à domino factæ, vt docet eleganter Cujacius in *Paratit. ff. de tributor. act.* quem vide.

§. IV. Præterea introducta est actio de peculio, déque eo quod in rem domini versum erit: vt quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat: sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessariò in rem ejus impenderit servus: veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem vtputa aureis, quos servus tuus à Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos verò quinque quolibet modo consumpserit: pro quinque quidem in solidum damnari debes: pro ceteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio sit. ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licèt enim vna est actio[3], quâ de peculio déque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, antè dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quàm si aut nihil in rem domini versum esse intellegatur, aut non totum. Quum autem quæritur quantum in peculio sit: antè deducitur quidquid servus domino, sive qui in potestate ejus sit, debet: & quod superest id solum peculium intellegitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio: veluti, si is in hujus ipsius peculio sit. quod eò pertinet vt si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

[3] LICET ENIM VNA EST ACTIO] Versum est pars peculii, quia quod in rem versum est domini, id debeat dominus servo: actioni igitur de peculio inest actio de in rem verso, & qui de peculio agit, de in rem verso agit. Sed si nihil sit in peculio, hoc casu rectè specialiter agitur de in rem verso; ideóque datur specialis titulus de in rem verso.

*[3] LICET ENIM VNA EST ACTIO] Actioni de peculio inest actio de in rem verso, quæ dari non potest, nisi sit, aut fuerit peculium; versum enim pars est peculii, quia hoc dominus servo debet. Æquum autem est, vt sicut naturalia debita minuunt ipso jure peculium, cùm scilicet servus domino debet, *l. 9. §. peculium autem, ff. de peculio*, ita etiam & augeant, cùm dominus est servo naturaliter

obligatus; quia res peculiares in rem domini vertit servus peculiatus, qui quodammodo pro libero habetur, cùm quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligatur, *l. 47. quoties, §. ult. ff. de peculio*. Quamvis autem actio de in rem verso sit adjectio actionis de peculio, eique insit; & qui agit de peculio, agat de in rem verso: non tamen inde sequitur actionem de in rem verso esse superfluam; quoniam illa aliquando datur deficiente actione de peculio quæ extincto peculio annalis est, toto tit. *ff. quando de peculio actio annalis est*, post annum ergo denegatur: datur tamen de in rem verso, quæ est perpetua: ideóque datur rectè titulus specialis *de in rem verso*.

§. V. Ceterum dubium non est quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuíque institoria vel exercitoria actio competit: de peculio, déque eo quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissâ actione, quâ facillimè solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantùm habere vt solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æquè de peculio & de in rem verso agere potest. Sed sanè huic, modò tributoriâ expedit agere, modò de peculio & de in rem verso. Tributoriâ ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur: sed ejusdem juris est dominus, cujus & ceteri creditores. At in actione de peculio antè deducitur quod domino debetur: & in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quòd in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantùm, quo negotiatur. & potest quisque tertia fortè parte peculii, aut quarta vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis & mancipiis, aut funebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet. Certè qui potest probare in rem domini versum esse: de in rem verso agere debet.

§. VI. Quæ diximus de servo & domino, eadem intellegamus & de filio & filia, aut nepote & nepte, & patre avóve in cujus potestate sunt.

§. VII. Illud propriè servatur in eorum persona, quòd senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in parentis erunt potestate: & ei qui crediderit, denegatur actio [4] tam adversus ipsum filium filiámve, nepotem neptémve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis, vel emancipatione, suæ potestatis esse cœperint, quàm adversus patrem avúmve: sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

* 4 DENEGATVR ACTIO] Cùm in *l. 7. in princ.* & *§. 1.* & *seq. l. 9. in princ.* & *l. pen. ff. ad senatusconsultum Macedon.* & passim in corpore *ff.* & *Cod.* dicatur dari exceptionem senatusconsulti Macedoniani filiofam. qui mutuam pecuniam accepit:

accepit; mirum videri possit, cur afferat Iustinianus in *hoc* §. actionem creditori denegari. Quandoquidem ista opponuntur tamquam contraria, actionem non dari, seu denegari, & exceptioni locum esse, *l. 9. nam posteaquam, ff. de jurejur.* nam cùm exceptio sit actionis exclusio, *l. 2. ff. de except. præscript. & præjudic.* non potest esse exceptio, quin priùs sit actio quâ actor experiatur. Sed hanc difficultatem sedare licet, adhibitâ distinctione inter exceptiones intentionis, & exceptiones actionis: quam indicat diversitas rubricarum, *de exceptionibus*, & *quarum rerum actio non detur.* Nam in titulo *de exceptionibus* agitur de illis, quæ actionem datam infringunt, & submovent, ejúsque effectum impediunt: in alio autem, de illis quæ impediunt ne detur ab iis qui juridicundo præsunt, si opponantur cùm impetratur actio: inter quas est actio Macedoniani senatusconsulti, vt constat ex his verbis ipsius relatis in *l. 1. ff. ad senatusconsultum Macedon. actio petitióque denegatur.*

§. VIII. Illud in summa[5] admonendi sumus, id quod jussu patris dominíve contractum fuerit, quódque in rem ejus versum erit, directò quoque posse à patre dominóve condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoriâ vel institoriâ actione tenetur, directò posse condici placet: quia hujus quoque jussu contractum intellegitur.

* 5 ILLVD IN SVMMA] Condictio directa, quæ adversus patrem aut dominum datur, ex negotio gesto cum filio aut servo; non venit ex persona filii aut servi, sed ex persona ipsa patris aut domini: quia tunc ita res habetur, tamquam si cum ipso principaliter negotium gestum esset, vt docet hîc Iustin. nam qui sequutus jussum contrahit, fidem jubentis sequitur, & cum eo contrahere intelligitur, *l. 1. ff. quod jussu.* Non mirum est ergo si ei condicere liceat, sive palàm contractum sit, sive tacitè, *l. 33. si in area, ff. de condict. indeb.* & *l. 13. §. si libero, ff. commod. vel contra.* vnde sequitur, hanc condictionem concurrere cum actione exercitoria, & institoria. Item cùm res est versa in patris, aut domini commodum & vtilitatem; tunc etiam cum eo contractum intellegitur, *l. 1. ff. de in rem verso:* quia ad eum pecunia pervenit, quam reddi illis qui dederunt æquum & bonum est, quasi ex rebus ipsorum facti sint locupletiores. Ideóque directò condicitur, *l. 29. si institorem, l. 23. si eum, l. 32. si me & Titium, ff. de rebus cred.* & *l. 17. §. pen. de institor. act.*

De noxalibus actionibus.

CAPVT VIII.

EX maleficiis servorum: veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint: noxales actiones[1] proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

* POSTQVAM in *præcedenti titulo* ostendit Iustin. quomodo ex contractibus servorum domini teneantur; subjicit in *hoc tit.* quomodo ex eorum delictis & maleficiis privatis conveniantur noxali actione: noxales enim actiones ex publicis deli-

ctis non dantur in dominos, cùm ex iis servi ipsi rei fieri possint non secus ac liberi, *l. 12. hos accusare*, §. *omnibus autem*, *ff. de accusat. & inscript.* Imò in quibusdam casibus non conveniuntur domini ex delictis privatis, sed in ipsos servos datur actio: veluti de damno in turba dato, *l. 4. §. pen. ff. vi bonor. rapt.* de damno ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, *l. 1. ff. de incend. ruina, naufragio*: item de albo corrupto, *l. 7. §. servi quoque, ff. de jurisd.* non vt pœna pecuniaria afficiantur, quæ in servum non cadit; sed vt corpus torqueatur, & extra ordinem officio judicis servus coërceatur: ideóque in tergum ipsum, & scapulas servorum hæ actiones dari dicuntur, *l. 7. §. 3 ff. de jurisdict.*

[1] NOXALES ACTIONES] Noxales actiones dicuntur, quibus nominatim ex lege, vel edicto adjicitur clausula noxæ deditionis: cave igitur ne dicas cum quibusdam malè feriatis, noxales actiones esse privatas actiones, quæ ex privatis delictis oriuntur; non populares, vel publicas. Nam & quædam privatæ non sunt noxales, & in servum ipsum & familiam dari dicuntur, velut de damno in turba dato, *l. 4. §. pen. ff. vi bonorum rapt.* & de damno dato ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, *l. 1. §. 1. ff. de incendio, ruina, naufragio.* Et rursus aliquando actio popularis noxalis est, vt actio popularis de sepulcro violato, *l. 3. §. pen. ff. de sepulc. violato.* Itémque actio de dejectis & effusis, si servus insciente domino fecisse dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. Prætor 6. ff. de his qui dejecer. vel effuder.* Hæc igitur omnis varietas pendet ex lege, quæ hanc potiùs quàm illam noxalem fecit, habitâ ratione qualitatis delicti, sive noxiæ.

§. I. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium[2], veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

[2] NOXIA IPSUM MALEFICIUM] Noxia, quæ & noxa passim dicitur, est βλάβη, & in veteri glossario *noxatio, ζημία, crimen.* aliquando tamen est jurgium, vel simultas, vnde in Idiotismo dicimus *noise.* Ausonius,

Sæpe in conjugiis fit noxia, si nimia est dos.

Manilius in 2. *Astronomic.*

Dirigerent alii, & noxas bellúmque moverent.

§. II. Summâ autem ratione permissum est noxæ deditione defungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum vltra ipsorum corpora[3] dominis damnosam esse.

[3] VLTRA IPSORUM CORPORA] Eatenus igitur potest servus domini conditionem deteriorem facere, vt eum noxæ dedere compellatur, *l. 1. §. quod igitur, ff. de vi & de vi arm.* quod sine dubio publica vtilitas extorsit, ne maleficium servi impunitum maneret, *l. 4. in delictis, §. cùm dominus, ff. de noxal. act.*

§. III. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur, nec minùs in perpetuum ejus dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia; auxilio Prætoris invito domino manumittetur.

§. IV. Sunt autem constitutæ noxales actiones, aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti lege duodecim tabularum, damni injuriæ lege Aquilia. Edicto Prætoris: veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

§. V. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus

noxiam commiserit: quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. Si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit: directò ipse tenetur [4], & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio, noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ antea directa fuisset.

* 4 DIRECTO IPSE TENETUR] Cùm actiones directæ dicantur, quæ ex legibus descendunt; & ex noxalibus actionibus quædam sint constitutæ lege XII. tab. aut aliâ juris parte, quæ legis habet vigorem, §. *sunt autem, hoc tit.* meritò quæri potest, cur in *hoc* §. directæ actioni noxalem opponat Iustinianus. Sed dicendum directæ nomine designari eam, quæ recta dirigitur adversus eum qui deliquit: quod de noxali dici nequit, quæ in dominum qui non deliquit datur; quia servus est incapax suscipiendæ actionis: ideóque tunc directa eo sensu dici non potest, sed tunc demum cùm in manumissum datur. Quod & similiter dicendum est de actionibus, quibus tenetur dominus ex contractibus servorum, vt suprà diximus: illæ enim eàdem omnino ratione directis opponuntur, §. *vlt. suprà, tit. præc.* quòd directis dominus ipse principaliter suo nomine tenetur; aliis autem per obliquum, filii aut servi nomine.

§. VI. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideóque & si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Vnde si alienus servus noxiam tibi commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicit actio [5]: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit: Ideóque licèt exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, vllam actionem contra dominum habere potest. *Ex l. si alienus 37. de noxal. act.*

5 INTERDICIT ACTIO] Rectè Cujacius, *intercidit*, & ita disertim scriptum reperio in veteri libro manuscripto, qui penes me est. Similis autem casus extat in *l. 15. §. vlt. in fin.* junctâ *l. 16. ff. ad leg. Aquil.* quo intercidit quoque actio noxalis eàdem ratione; quia in eum casum res pervenit, à quo incipere non potuit.

§. VII. Sed veteres quidem hæc & in filiisfamilias masculis & feminis admisere. nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, & ab vsu communi hoc penitùs recessit. Quis enim patiatur filium suum, & maximè filiam, in noxam alii dare: vt penè per corpus pater magis, quàm filius periclitetur [7]: quum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres le-

gum commentatores invenerimus sæpiùs dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

*[6] SED VETERES] Veterum appellatione in *hoc §.* intelliguntur primi juris conditores, qui eamdem patri in filios, ac domino in servos potestatem esse voluerunt, *l. 11. in suis, ff. de liber. & post.* At per novam hominum conversationem, significat Iustinianus posteriorum temporum vsum, quo juris antiqui asperitas moderata, & vitæ mortisque potestas patribus adempta. Mansit tamen aliquamdiu noxæ dedendæ potestas, *l. 3. §. si eum*, illo loco, *vel noxa deditum, ff. de libero hom. exhib.* quæ postea penitus exolevit, cùm ipsos filiosfamilias pro suis delictis conveniri posse receptum esset, *l. 33. noxali, ff. de noxal. act.* Quod Iulianus cum hoc temperamento admittebat, si ab alio nemine defenderentur, *l. 34. quoties, ff. de nox. action.* sed invaluit magis sententia Caii, & Pomponii, qui indistinctè filiisfam. sui defensionem permiserunt, vt apparet ex *d. l. 33. noxali*, & *l. 57. tam ex contractibus, ff. de judic.* & *l. 39. filiusfam. ff. de oblig. & act.*

[7] PATER MAGIS QVAM FILIVS PERICLITETVR] Cùm pro affectu parentes magis in liberis terreantur, *l. 8. in fin. ff. quod metus causa.* Pacatus Drepanus in *panegyr. Cùm instituente natura plus ferè filios, quàm nosmetipsos diligamus.* Hæc autem asperitas remanserat ex immani illa potestate vitæ necisque, quam lex Regia dederat: quâ tamen sensim sublatâ, vt docui *lib. 1. tit. de patria potest.* & hanc quoque emendare, & ab vsu communi recedere consequens fuit; vt verissimum sit, moribus potestatem illam mitiorem fuisse receptam & constitutam, *l. 8. ff. qui sunt sui vel alien. jur.*

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

CAPVT .IX.

ANIMALIVM nomine, quæ ratione carent, si quâ lasciviâ, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint: noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est. Quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex duodecim tabularum scripta est. vt puta, si equus calcitrosus calce percussit, aut bos cornu petere solitus, petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas[1], cessat. Denique si vrsus fugit à domino & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desiit dominus esse, vbi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quod ad noxalem pertinet actionem.

Ex l. 1. §. itaque, eod.

Ex d. l. 1. §. ait Prætor.

*[1] CETERVM SI GENITALIS SIT FERITAS] Si bestiæ, quæ numquam deponunt naturalem feritatem, pauperiem fecerint, noxalis actio de pauperie cessat:

quia lex XII. tab. ita à decemviris scripta, vt de ea re nil meminerit: cùm prisca & antiqua vrbis frugalitas nondum feras bestiàs invexisset, quæ ad voluptatem spectaculorum comparabantur magis, quàm ad vsum & necessitatem. Hanc tamen dari innuere videtur Iustin. in *fine tituli*, dum asserit eum qui habet feram bestiam quà vulgò iter fit, si illa nocuerit, teneri Ædilitiâ actione; & præterea actionem de pauperie adversus eum locum habere: vnde sequitur non cessare actionem de pauperie, cùm genitalis est feritas. Sed dicendum est cessare noxalem actionem de pauperie, quia illa fera animalia si noxæ dedantur, non prosunt reo ad liberationem, qui cogitur illatum damnum resarcire: dari tamen actionem de pauperie adversus dominum, vt damnum datum in solidum præstet; & præterea Æditlitiam actionem quæ est in duplum, vna enim non consumit aliam. quod quâ ratione sit intelligendum, docet D. Cujac. *lib.* 8. *Obs. cap.* 24.

§. I. [a] Ceterum sciendum est, Ædilitio edicto [1] prohiberi nos canem, verrem, aprum, vrsum, leonem ibi habere, quà vulgò iter sit. & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem Ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. [b] Numquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes [3], alia aliam consumit.

[a] *Ex l. hi enim 40. & l. qua vulgo 42. de adilit. edicto.*
[b] *Ex l. 2. de privat. delict. l. numquam de oblig. & act. l. numquã, de reg. jur.*

[1] ÆDILITIO EDICTO] Et tamen Paulus *lib.* 1. *Sent. cap.* 15. non Ædilibus, sed Prætoribus hoc edictum tribuit. Sed vt docui ad *titulum de Prætoriis stipulat.* in edicto perpetuo, ceteris edictis Prætoriis Ædilitia quædam edicta juncta fuerant; vt non malè quod Ædilitium est, Prætorium quoque dicatur: quod D. Cujacius non potuit concoquere.

*[1] ÆDILITIO EDICTO] Hoc edictum non Ædilibus, sed Prætori tribuit Paulus *lib.* 1. *Sent. tit.* 15. vel quia Ædiles vice Prætorum de quibusdam rebus in vrbe edicebant, & jus dicebant, vt constat ex *tit. ff. de Ædilit. edicto*; vel quia edicto perpetuo ceteris Prætorum edictis Ædilitia edicta juncta fuerunt: à majori autem parte, vt vulgò dicitur, denominationem fieri certum est.

[3] DE EADEM RE CONCVRRENTES] Sed non de eodem facto: in hac autem specie circa eamdem rem sunt duo facta, qua de re vide Cujacium *Obs. lib.* 8. *cap.* 24.

De iis per quos agere possumus.

CAPVT X.

NVNC admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio: quum olim in vsu fuisset, alterius nomine agere non posse ... pro populo, pro libertate, pro tutela [1]. Præterea lege Ho... permissum

erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quòd alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itémque aliæ multæ causæ sæpe impedimento sunt, quò minùs rem suam exequi possint.

* POSTQVAM de actionibus satis superque egit, subjicit per quas personas eas movere possumus. Et olim quidem cùm solemnes erant & legitimæ, agere pro alio nemo poterat, propter certissimam juris regulam, nemo alieno nomine agere potest, *l. nemo, ff. de reg. jur.* nisi in certis casibus, in quibus necessitas hoc extorserat. Sed cùm actiones desierunt esse solemnes & ordinariæ, sublatis formulis, *l. 1. de formul. & impetrat. act. subl. Cod.* & extra ordinem judicia frequentari cœperunt, *l. 47. actio, ff. de negot. gest.* cœperunt homines per procuratores litigare; id est assiduo vsu, & triturâ fori ita suadente, & impellente vtilitate receptum est, vt alieno nomine agere liceret.

[1] PRO TVTELA] Vnâ liturâ delenda est interpretatio Theophili. Pro tutela tutor agit, qui pupillum defendit; est enim tutela vis ac potestas, vt in definitione, suprà, *de tutelis.* Nec prætermittam vetus hoc jus Romanum fuisse in Francia observatum, vsque ad tempora Francisci I. Nemo enim potuit litigare per procuratorem, nisi licentiâ nominatim impetratâ à principe, vt docet *Stylus Parlamenti Latinè conscriptus*, & *Summa Ruralis.* Fuit autem vetus formula, quæ apud Marculphum extat: *Ille ad nostram veniens præsentiam suggessit nobis, eo quòd propter simplicitatem suam, causas suas minimè possit prosequi, vel admallare, clementiæ regni nostri petiit, vt inlustris vir ille omnes causas suas in vice ipsius, tam in pago, quàm in palatio nostro, admallandum prosequendúmque recipere deberet.* Ad quod jus vetus respiciens Academia Parisiensis, in *cap. quia in causis. extra. de procuratorib.* petiit à Summo Pontifice licentiam litigandi per procuratorem. Et frustra sunt interpretes, qui aliam petendi causam comminiscuntur.

*[1] PRO TVTELA] Omissâ interpretatione Theophili, quæ vnâ liturâ delenda est; hoc loco pro tutela agit tutor, cùm officio suo fungitur, id est pupillum defendit: qua de causa potissimùm creatur, vt ex definitione tutelæ constat, *l. 1. ff. de tut.* pro populo agit syndicus, qui decreto constituitur, vt omnium nomine agat, cùm agere vniversi non possint: pro libertate assertor, qui in multis à procuratore differt, vt docet Cujac. in *Parat. Cod. de assert. toll.*

§. I. Procurator, neque certis verbis, neque præsente adversario, imò plerumque ignorante eo constituitur. Cuicumque enim permiseris [2] rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intellegitur.

*[2] CVICVMQVE ENIM PERMISERIS] His verbis ostendit Iustinianus, procuratorem non posse intelligi sine mandato, *l. 1. ff. de procurator.* nam qui egerit sine mandato, negotiorum gestor dicitur, qui maximè differt à procuratore, vt constat ex *titulo de negot. gest.* Is enim licèt gerere & defendere sine mandato possit, [illegible] tamen potest agere, id est actionem movere: nemo enim agit sine mandato, exceptis [illegible]dam personis, quibus hoc jure singulari concessum est, *l. 35. sed & hæ personæ*, & *l. 4*[illegible] *nomine, §. vlt. ff. de procurator. & defens.*

§. II. Tutores & curatores quemadmodum constituantur primo libro expositum est.

De satisdationibus.

CAPVT XI.

SATISDATIONVM modus alius antiquitati placuit, alium novitas per vsum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur [1], satisdare possessor compellebatur: vt si victus nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem ejus, potestas esset petitori, aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus, quæ satisdatio appellatur Iudicatum solvi. Vnde autem sic appellatur facile est intellegere: namque stipulatur quis vt solvatur sibi quod fuerit judicatum. Multò magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat [2], satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat satisdare jubebatur, Raram rem dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores & curatores [3] eodem modo, quo & procuratores satisdare debere, verba edicti faciebant. sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur.

* CVM propter actiones interponantur satisdationes, vel ab actore, vel à reo, vel à procuratoribus, aut defensoribus: meritò hic titulus subjicitur præcedentibus.

[1] SI IN REM AGEBATVR] Actione speciali quæ dicitur rei vindicatio; nam si generali, id est petitione hereditatis, non compellebatur possessor satisdationem judicatum solvi præstare, quam *l. 5. ff. de petit. hereditat.* designat his verbis, *Nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare.* Sed præstabat, vt loquitur *d. l. 5.* solitam cautionem de hereditate non minuenda; cavebat se nihil deterius facturum in hereditate, de qua jurgium esset: periculum enim erat, vt Asconius scribit *lib. 3. in Verrem,* ne interea qui tenet diffidens causæ, deteriorem possessionem faceret, recta dissiparet, & culta desereret. Hanc autem cautionem non præstante possessore, transferebatur possessio in petitorem hereditatis, si & ipse satisdare paratus esset: petitore enim non satisdante, possessio remanebat penes possessorem, ex vulgata regula juris, in pari causa potiorem esse causam possessoris, quod Paulus docet *lib. 1. Sent. tit. de satisdando.*

*[1] SI IN REM AGEBATVR] Speciali scilicet in rem actione; nam in generali, id est in petitione hereditatis, non exigebatur satisdatio judicatum solvi; sed de hereditate non minuenda, quæ solita cautio dicitur in *l. 5. ff. de petitione hereditatis:* nisi possessor ex hereditate aliquid distrahere vellet, quo casu, vt est in *d. l. 5.* præstabatur cautio judicatum solvi. Igitur qui rei vindicatione pulsabatur, cautionem præstabat: at qui suo nomine agebat, satisdare non cogebatur; quia si inten-

tionem suam non probaret judici, non condemnabatur, sed tantùm possessor absolvebatur, §. *& si in rem, de offic. judic. infrà.*

² SI SVO NOMINE PETEBAT] Observanda est diligenter hæc vetus differentia inter actionem in rem & actionem in personam. Si in rem agebatur, possessor satisdare compellebatur de re restituenda, vel æstimatione litis præstanda: si in personam, reus non tenebatur satisdare, *l. qui ex parte, ff. de interrogationib. in jure faciendis.* Est enim similis differentiæ, de qua suprà dixi in §. *preterea, de actionib.* In arbitrariis actionibus quibus agitur de restituenda re, jussus vel præceptum judicis de re restituenda præcedere debet condemnationem. In actionibus in personam, quibus agitur de damno dato, vel de pecunia solvenda, jussus non præcedit condemnationem; quia reus rem non possidet, quam restituere teneatur: frustra igitur præcederet jussus, vel satisdatio de re restituenda.

*³ TVTORES ET CVRATORES] Edicti verba generaliter scripta, tutores & curatores iisdem satisdationibus subjiciebant, quibus & ceteros, qui alieno nomine agerent, vel defenderent, *l. 33. servum, §. ait Prætor, ff. de procurator.* Sed sensim benignâ prudentum interpretatione obtinuit, vt illis agentibus satisdatio plerumque remitteretur, *l. 23. vulgò, ff. de administrat. tutor.* quasi Prætor in edicto suo de iis tantùm cogitaverit, qui se alienis negotiis sponte sua immiscent; non de iis qui ex officii necessitate ad hoc impelluntur, *l. 39. si plurium, §. 1. ff. de noxalib. action.*

§. I. [a] Si verò in personam [4], ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quâ in rem agitur. ab ejus verò parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret: [b] quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quòd si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam: Iudicatum solvi satisdare non cogebatur.

[a] Ex l. 5. §. ult. quibus ex causis in poss. eat.

[b] Ex l. qui proprio, §. qui alium, de procurator.

*⁴ SI VERO IN PERSONAM] Inter actionem in rem & in personam, circa satisdationes hæc olim erat differentia; quoniam cùm in rem agebatur, possessor satisdare cogebatur judicatum solvi: at reus qui actionem in personam suo nomine suscipiebat, non tenebatur præstare satisdationem, *l. 18. qui ex parte, ff. de interrog. in jure fac.* Cujus differentiæ hæc ratio reddi potest, quòd actio in personam quæ ex obligatione descendit, detur adversus eum cum quo contraximus, cujus fidem sine fidejussore sequuti sumus: non possumus igitur ex postfacto duriorem ejus facere conditionem. At in rem actio datur in eum qui nullo jure nobis obligatus est, sed facimus ei controversiam de re quam nostram dicimus, §. *omnium, suprà, de actionib.* à quo meritò cautionem exigimus; quia diffidentiâ causæ ductus eam deteriorem facere posset. Inter procuratorem autem actoris, & rei, qui propriè defensor dicitur, hæc erat differentia: quòd ille satisdaret de rato, nisi constaret de mandato; quia periculum erat ne iterum dominus experiretur: hic autem judicatum solvi, etiamsi constaret de mandato; & de rato quoque in quibusdam casibus, in quibus periculum erat ne iterum dominus experiretur, *l. 35. §. vlt. & l. 36. vel in operis, ff. de procurator. & defensorib.*

§. II. Sed hæc hodie [5] aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione [6] dare compellitur; sed pro sua tantùm persona, quod in

in judicio permaneat vsque ad terminum litis: vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant: vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

* 5 SED HÆC HODIE] Non est admittendum quod interpretes cum glossâ docent, hunc §. accipiendum esse de cautione judicio sisti, cujus non alius erat effectus quàm vt judicium acciperetur; id est formula judicii cui judex pedaneus addicebatur, *l. 1. & 2. ff. si ex nox. causa agat.* ideóque ea cautio interponebatur ante judicium acceptum, *l. amplius, ff. rem rat. haberi.* Hîc enim non agitur de illa veteri cautione, sed de alia nova, quâ quis judice jam accepto promittit se in judicio permansurum vsque ad terminum litis, cujus etiam fit mentio in *cap. 4. si verò semel, nov. 53. de exhib. reis, collat. 5.* illa accepto judicio finitur, hæc finitur sententiâ.

6 NVLLAM SATISDATIONEM PRO LITIS ÆSTIMATIONE] Si quis suo nomine conveniatur, hodie non præstat satisdationem judicatum solvi, sed satisdationem judicio sisti: quam tamen non quilibet præstat, habetur enim ratio qualitatis personæ, vt in *titulo, ff. qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel promissioni suæ committantur.* jurato promittit vir illustris, vel clarissimus: promittit simpliciter, qui amplissimas facultates habet, *l. 1. ff. de custodia rerum.*

§. III. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur: in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum[7] est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur: eodem observando, & si tutor, vel curator vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

* 7 SI NON MANDATVM ACTIS INSINVATVM] Actoris procurator etiam hodie cogitur præstare satisdationem rem ratam dominum habiturum; quod obtinet in procuratore absentis, nam præsentis procurator non satisdat, quia ejus personam dominus probat. Imò & procuratori absentis aliquando remittitur satisdatio, si voluntas, aut mandatum domini apud acta fuerit insinuata, aut libello Principi oblato declarata, *l. vnic. Cod. de satisdando, l. ne satisdatio, ff. rem ratam haberi*; vel per literas ad adversarium scriptas, *l. si procuratorem, ff. de procuratorib.* aut cùm maritus nomina exigit quæ extra dotem sunt, quæ mulier dedit, & loco paraphernorum apud eum manebant, *l. vlt. Cod. de pactis, con. tam super dote quàm donat. propter nupt. & parapher n.*

§. IV. Si verò aliquis convenitur: si quidem præsens procuratorem dare paratus est: potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per Iudicatum solvi satisdationem solemni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat[8] pro omnibus Iudicatum solvi satisdationis clausulis[9]. vbi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur: sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit: vt tam ipse quàm heredes ejus obligentur: alia insuper cautela, vel satisdatione propter per-

OOo

ſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicio invenietur: vel ſi non venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.

* 8 IPSE SVI PROCVRATORIS FIDEIVSSOR EXISTIT] Fidejuſſor eſt, qui pro debitore ſuo nomine ſtipulanti promittit citra novationem, & ideo pro ſeipſo fidejubere poteſt nemo, quod tamen hîc videtur admittere Iuſtinianus, nam qui procuratorem conſtituit, reus principalis eſt, cùm de ejus re & negotio agatur. Is tamen dicitur fidejuſſor, vnde videretur dicendum eumdem eſſe ſui ipſius fidejuſſorem, quod admitti nequit: quandoquidem intelligi non poteſt, vt quis pro ſe fidejubendo obligetur, *l. 21. heres, §. ſervo tuo, ff. de fidejuſſorib.* Ideóque quidam exiſtimant fidejuſſorem hîc pro expromiſſore ſumi, vt in *l. 30. §. 1. ff. de pactis* admittit Cujacius ad *d. §.* quem tamen locum eſſe ſingularem in jure affirmat. Videtur ergo dicendum dominum dici fidejuſſorem ſui procuratoris, quoniam procurator poſt litis conteſtationem dominus litis eſt, *l. 13. nulla, Cod. de procuratorib.* & in ejus perſonam concipiebatur ſententia, *l. 28. ff. de procurat. & defenſorib.*

9 PRO OMNIBVS IVDICATVM SOLVI SATISDATIONIS CLAVSVLIS] Rectè Theophilus, hoc eſt procuratorem in judicio permanſurum, vſque ad finem litigaturum, id quod judicatum erit ſoluturum: ſed & præſtare quoque tenetur quod ſequitur de hypotheca rerum ſuarum, & adjicienda quoque eſt clauſula quæ perſonam ipſius domini reſpicit, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicio invenietur.

§. V. Si verò reus præſtò ex quacumque cauſa non fuerit, & alius velit defenſionem ejus ſubire: nulla differentia inter actiones in rem, vel in perſonam introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen vt ſatiſdationem Iudicatum ſolvi pro litis æſtimatione præſtet. Nemo enim ſecundùm veterem regulam (vt jam dictum eſt) alienæ rei ſine ſatiſdatione defenſor idoneus intellegitur.

§. VI. Quæ omnia aperriùs & perfectiſſimè à cottidiano judiciorum vſu in ipſis rerum documentis apparent.

§. VII. Quam formam non ſolùm in hac regia vrbe, ſed etiam in omnibus noſtris provinciis, & ſi propter imperitiam fortè aliter celebrantur, obtinere cenſemus: quum neceſſe eſt omnes provincias, caput omnium noſtrarum civitatum, id eſt, hanc regiam vrbem, ejúſque obſervantiam ſequi.

De perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad heredes, & in heredes tranſeunt.

CAPVT XII.

HOc loco admonendi ſumus, eas quidem actiones, quæ ex lege, Senatúſve conſulto, ſive ex ſacris conſtitutionibus proficiſcuntur, perpetuò ſolere antiquitùs competere, donec ſacræ conſtitutiones, tam

in rem quàm in perſonam actionibus certos fines dederunt. eas verò quæ ex propria Prætoris juriſdictione pendent, plerumque intra annum vivere. nam & ipſius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id eſt, vſque ad finem ex conſtitutionibus introductum: quales ſunt eæ quas bonorum poſſeſſori, ceteríſque qui heredis loco ſunt, accommodat. Furti quoque manifeſti actio, quamvis ex ipſius Prætoris juriſdictione proficiſcatur, tamen perpetuò datur. abſurdum enim eſſe exiſtimavit anno eam terminari.

* MIRVM videri poteſt quod dicitur, actiones tam in rem, quàm in perſonam ex jure civili deſcendentes fuiſſe perpetuas, antequam ſacræ conſtitutiones certos fines darent: quoniam certum eſt actionem in rem lege XII. tab. in rebus mobilibus anno, in immobilibus autem biennio fuiſſe circumſcriptam. Sed dicendum hoc contigiſſe ex accidenti propter vſucapionem, interveniente ſcilicet vſucapione, quæ cùm certas haberet conditiones, non poterat omni caſu procedere: atque ita ceſſante vſucapione, actio in rem non minùs quàm in perſonam perpetua remanebat: quibus tamen omnibus certos fines dederunt conſtitutiones, *l. 3. ſicut. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.*

§. I. Non omnes autem actiones, quæ in aliquem aut ipſo jure competunt, aut à Prætore dantur, & in heredem æquè competunt, aut dari ſolent. Eſt enim certiſſima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones[1] in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur: exceptâ injuriarum actione & ſi qua alia ſimilis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu[2] actio contra heredem non competit, quum teſtator doloſè verſatus ſit, & ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas ſuprà diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ: & heredibus dantur, & contra heredes tranſeunt.

Ex l. pupillum 111. de reg. juris.

*[1] EX MALEFICIIS POENALES ACTIONES] Actiones ex delicto ſunt in triplici differentia, quædam enim ſunt merè pœnales, quædam rei perſequutoriæ, quædam mixtæ. Merè pœnales, quales ſunt furti, & injuriarum, in heredes nullo modo dantur, *l. 1. ff. de privatis delict. l. 13. injuriarum, ff. de injuriis.* Mixtæ, quæ rem & pœnam ſimul perſequuntur, vt ſervi corrupti, damni injuriâ ex lege Aquilia, dantur in heredes quatenus rem, non pœnam continent; vt illud quod ſcelere quæſitum eſt extorqueatur, nec ad heredis compendium trahatur, *l. 16. quod diximus, §. vlt. ff. quod met. cauſa.* Quæ ad ſolam rei perſecutionem pertinent, qualis eſt de dolo, eatenus dantur, quatenus ad heredes pervenit, *l. 26. in heredem, §. vlt. ff. de dolo malo.* A ſuperiori tamen definitione excipiuntur duæ, nam actio vi bonorum raptorum licèt mixta, nullo modo adverſus heredem datur; quia Prætor putavit ſufficere condictionem, *l. 2. §. vlt. ff. vi bon. rapt.* & condictio furtiva datur in heredem in ſolidum, licèt nihil pervenerit, *l. 9. ff. de condict. furtiva.*

[2] ALIQVANDO TAMEN ETIAM EX CONTRACTV] Pugnat omnino hæc ſententia, cum regula juris tradita in *l. ſi hominem, §. 1. ff. depoſiti, l. ex contra-*

ctibus, ff. de oblig. & actionib. l. sicuti, l. ad ea, §. vlt. ff. de reg. jur. Sed respondendum est ex Paulo *l. vlt. ff. de fidejussorib.* tutorum heredibus contra regulam juris veteris beneficio constitutionum subventum esse; vt quod dicitur in *hoc titulo, §. 1. versic. pœnales*, & in *l. omnes pœnales, ff. de oblig. & action.* contra veterem regulam juris constat novis constitutionibus fuisse immutatum, *l. constitutionibus, ff. eod. tit.* vt hoc casu, ita constitutione Severi & Antonini heredibus tutorum subventum est, vt neque ex levi culpa tutorum teneantur, neque ex omni dolo & lata culpa tutoris; sed ita demum si ex damno pupilli lucrum captatum sit, aut gratiâ præstitum alteri; nisi lis cum defuncto contestata fuerit. Quæ est perspicua sententia, *l. 1. C. de heredib. tutor.* vt jam docui ad *tit. de satisdat. tutorum*, quod Græcis interpretibus placuisse reperio. Sic enim habet Latina interpretatio Cujacii *lib. 38. Basilic. tit. 7.* in editione Lutetiana, apud Nivellum: *Summi quidem juris ratio vult, etiamsi lis non sit contestata cum tutore, heredem teneri: sed constitutionibus subventum est ignorantia heredum, vt ex levi culpa, aut negligentia tutoris non teneantur, neque ex dolo tutoris, si ex dolo quem dolavit lucrum non fecerit, aut gratiam alteri præstiterit.*

Et soleo dati damni ex lata culpa tutoris, qui nullum tamen lucrum facit, vel gratiam præstat alteri, dare exemplum ex *l. tutor, §. competit, ff. de administratione tutorum*; si prædia non idonea comparaverit neque sordidè, neque gratiosè, sed non bonam conditionem sequutus per latam negligentiam, quæ dolo comparatur, vulg. *l. quod Nerva, ff. depositi*, quo casu tenetur quidem tutor; sed quia nullum lucrum sentit, vel præstat alteri per gratiam, ex hac lata culpa heredes tutoris non tenentur ex sententia *d. l. primæ.* Nec prætermittam in *d. l. 1.* observandam esse metathesim, sive hypertesim, quæ plerumque obscurum sensum reddit, vt apud Virgilium notat Servius initio *lib. 5. Æneïdos* in illum locum,

duri magno sed amore dolores
Polluto, notúmque furens quid femina possit.

Sensus enim *d. l. 1.* hic est: si lis contestata non sit cum defuncto, heredes tutoris ex levi culpa non teneri, neque ex dolo vel lata culpa, si ex damno pupilli nullum lucrum fecerit tutor, aut gratiosè præstiterit alteri. Id autem cum *d. l. 1.* induxisset in actione tutelæ, vt aliquando ex dolo non teneantur heredes; deinde tractum fuit per consequentias, (vt in re simili loquitur, *l. sin autem, §. sed & is, ff. de rei vindict.*) ad ceteros bonæ fidei contractus, in quibus dolus venit ex rei persecutione. Nam si id obtinet adversus pupillum in actione tutelæ, cujus privilegia notissima sunt; & in actionibus bonæ fidei eadem æquitas multo magis admittenda est, vt ex jure novo constitutionum hic sit manifestus *hujus §.* sensus, si nihil pervenerit ex dolo defuncti, heredes ex contractibus bonæ fidei non teneri, in quibus dolus actione bonæ fidei vindicatur. Verbum autem *pervenerit*, quomodo hoc loco accipiendum sit, repete ex his quæ jam docui ad *tit. de satisdat. tutorum.* Quæ vulgò hîc adnotantur de deposito incendii, ruinæ, & naufragii causâ, & de precario: ad hunc locum non pertinere jam docuit Cujacius in *Paratit. Codic. tit. de in litem jurando.*

* 1 ALIQVANDO TAMEN ETIAM EX CONTRACTV] Regulariter ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantùm in id quod pervenit, sed etiam in solidum tenentur, *l. 157. ad ea, §. vlt. ff. de reg. jur. l. 12. ex depositi, l. 49. ex contractibus, ff. de oblig. & act.* Sed contra veterem juris regulam beneficio constitutionum ignorantiæ heredum succursum est, vt docet Paulus in *l. vlt. ff. de fidejussor. tut.* vt non aliter tenerentur ex dolo defuncti, nisi aliquid ex tali dolo

ad eos perveniſſet: quod primò conſtitutum fuiſſe in actione tutelæ apparet ex *l.* 1. *Cod. de heredib. tutor.* & *l.* 1. 4. & 5. *Cod. de in litem jur.* & deinde à Iuſtiniano productum ad ceteros bonæ fidei contractus, non ſine ſumma ratione. Nam ſi id receptum id fuit in actione tutelæ adverſus pupillum, cujus privilegia in jure notiſſima ſunt, quanto magis id admitti debuit in ceteris contractibus bonæ fidei. Sed obſervandum perveniſſe illud videri, quod vel primâ ratione fuerit, vt loquitur Vlpianus in *l.* 23. *vtrum, ff. de petit. heredit.* quamvis non duret; ſi ex damno lucrum captatum, aut gratiâ præſtitum ſit, vt loquuntur Imperatores in *l.* 1. *Cod. de heredib. tut.* cùm in delictis non ſufficiat ad defunctum perveniſſe, niſi etiam ad heredem pervenerit, *l.* 20. *quantum, ff. quod metus cauſa.*

§. II. Supereſt vt admoneamus, quòd ſi ante rem judicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio judicis convenit eum abſolvere; licet judicii accipiendi tempore in ea cauſa fuiſſet, vt damnari debeat. & hoc eſt quod antè vulgò dicebatur, omnia judicia abſolutoria eſſe [3].

*[3] OMNIA IVDICIA ABSOLVTORIA ESSE] Id eſt proprium actionis arbitrariæ, vt judex ante condemnationem abſolvere poſſit reum ſatisfacientem actori: quod non obſervari in judiciis ſtrictis pluſquam manifeſtum eſt, propter neceſſitatem formulæ, ex qua ſi apparet deberi id quod actor petit, omnino condemnandus eſt reus ſecundùm intentionem actoris. vnde non videtur admittendum quod hîc dicitur, omnia judicia eſſe abſolutoria ſi reus actori ſatisfaciat. Sed dicendum eſt hoc ita exaudiendum, ſi ſolutionem & ſatisfactionem admittat actor, quam recuſare in actionibus arbitrariis non poteſt; quia hoc fit ex natura actionis: quod in aliis judiciis non obtinet, in illis enim arbitrium hoc judici non permittitur.

De exceptionibus.

CAPVT XIII.

SEQVITVR vt de exceptionibus diſpiciamus. Comparatæ autem ſunt exceptiones [1] defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur. Sæpe enim accidit [2] vt licèt ipſa perſequutio, quâ actor experitur, juſta ſit, tamen iniqua ſit adverſus eum cum quo agitur.

[1] COMPARATÆ AVTEM SVNT EXCEPTIONES] Exceptionum quoque fuerunt formulæ certæ, de quibus Paulus tractaverat in *libro ſingulari de conceptione formularum*, vt docet inſcriptio *l. exceptiones* 20. *ff. hoc titulo.* Has Prætor ſubjiciebat actionibus, & veluti conditiones quaſdam inſerebat, hoc modo, *Condemna judex Titium ſi non convenerit de pecunia non petenda.* Vnde rectè exceptio dicitur conditio, vulg. *l. exceptio* 22. *ff. hoc tit.* hac enim adjectione excluditur intentio actoris, vt non malè à veteribus Franciæ pragmaticis exceptiones dicantur clauſtra, & cancelli, quibus circumſcribantur actiones, ſic enim loquuntur, *propoſer barres & exceptions.* Erat autem hæc adjectio omnino neceſſaria in actionibus ſtricti juris, nec potuit aliter his actionibus addictus judex, quantumvis juſtæ & receptæ exceptionis rationem habere; ſed tenebatur ſequi formulam purè & strictè

conceptam: quod non obtinuisse in bonæ fidei actionibus certissimi juris est; iis enim passim exceptiones omnes inesse dicuntur, *l. sed etsi ideo, ff. soluto matrimonio, l. hujusmodi*, §. *qui servum, ff. de leg.* 1. Potuit igitur judex addictus actioni bonæ fidei, ex vi & potestate formulæ, etiam non insertam nominatim exceptionem admittere.

*[2] SÆPE ENIM ACCIDIT] Quod de exceptione doli mali dicitur, illam revocare naturalem æquitatem, quam sæpe juris civilis subtilitas offundit; de omnibus aliis dicere licet, quandoquidem illæ naturali æquitate nituntur, contra juris civilis rigorem & subtilitatem. Quod indicat Iustinianus, dum asserit ipsam persequutionem quâ actor experitur justam esse, id est legitimam secundùm jus summum; iniquam tamen, id est contra juris naturalis æquitatem, adversus eum cum quo agitur. Non ergo simpliciter & sui naturâ, sed tantùm adversus eum qui defensione aliquâ munitus est.

§. I. Verbi gratiâ, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere: palàm est, jure civili te obligatum esse[3], & actio quâ intenditur dare te oportere efficax est, sed iniquum est te condemnari. Ideóque datur tibi exceptio metus causâ aut doli mali, aut in factum composita[4], ad impugnandam actionem.

[3] IVRE CIVILI TE OBLIGATVM ESSE] Id est secundùm subtilitatem juris civilis, *l. 36. ff. de verb. obligat.* vel vt Theophilus loquitur, *τὴν τοῦ νόμου ἀκρι-βείαν*. Tribus autem modis in his libris dicitur obligatio, propriè, non impropriè, & impropriè. Obligatio propriè dicitur, quæ, vt est in definitione, necessitate adstringit, & ita consistit, vt nullum contrarium jus quo Romana civitas vtatur, actioni quæ ex obligatione competit opponatur, vt in *l. vel obligatus*, §. *obligatum, ff. de liberali causa.* Non impropriè, quæ jure quidem civili subtili & stricto consistit, & efficax est ad agendum; sed beneficio exceptionis jure Prætorio, vel alio speciali jure receptæ fit inefficax, vt in *hoc* §. Obligatio verò impropriè dicitur, quæ naturâ tantùm consistit, nec actionem parit; sed vinculum tantùm dicitur æquitatis, non juris, *l. Stichum 95.* §. *naturalis, ff. de solutionib.*

*[4] AVT IN FACTVM COMPOSITA] Sicut actiones quædam dicuntur in factum, quia cùm non habeant certam verborum conceptionem & formulam, facti ipsius & negotii verbis concipiuntur, *l. 6. cum mota, Cod. de transact.* Sic & exceptiones quædam in factum componi dicuntur, quia narratiuè exponuntur, vt docet Theophilus: nam vt actionum, sic & exceptionum formulas fuisse certas (de quibus Paulus tractaverat in libro singulari de conceptione formularum) docet inscriptio *l. 20. ff. de exceptionib.* quas Prætor subjiciebat actionibus, & veluti conditiones quasdam inserebat hoc modo, *Condemna judex Titium, si non convenerit de pecunia non petenda*: vnde in *l. 22. ff. de except.* exceptio dicitur conditio, quæ modò eximit reum à condemnatione, modò minuit condemnationem; quia figurâ conditionis apponebatur. Et licèt interdum figurâ conditionis non conciperetur, vi tamen & potestate conditionem continebat, puta, *quòd præjudicium hereditati non fiat, l. 13. si post, l. 14. filiusfam. l. 16. fundum, ff. de except.* idem enim est ac si diceretur, si præjudicium hereditati non fiat: quâ adjectione excluditur actoris intentio, & actio fit inefficax.

§. II. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus

fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari: placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere, cujus tempora nos (secundùm quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coartavimus.

§. III. Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se peteretur, nihilominùs obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. qua de causa efficax est adversus eum actio, quâ actor intendit: Si paret eum dare oportere. Sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari: defenditur per exceptionem pacti conventi.

§. IV. Æquè si debitor[5] creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet. sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessariæ sunt exceptiones, veluti si petitore deferente possessor juraverit eam rem suam esse: & nihilominùs petitor eamdem rem vindicet. licèt enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

*5 ÆQVE S[illegible]BITOR] Comparat exceptionem jurisjurandi cum exceptione pacti; quia [illegible] pacto [illegible]ur obligatio, ita nec jurejurando cui inest pactum. Major tamen [illegible]urandi quàm pacti, nam postquam juratum est denegatur actio, *l. 9. [illegible]uam. ff. de jurejurando*, *l. 1. §. 1. & 2. ff. quarum rerum actio non datur*, quod [illegible] pacto no[illegible] obtinet. Denique jusjurandum habet transactionis speciem, & majorem auctoritatem quàm res judicata, *l. 1. Cod. de rebus credit. & jurejur.* quod dici nequit de pacto: & hoc cum deferente creditore debitor juravit, non si proprio motu, aut judice deferente, *l. 31. admonendi, ff. de jurejur.*

§. V. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominùs obligatio durat. & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

§. VI. Hæc exempli causâ retulisse sufficiet. Alioquin quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intellegi potest. Quarum quædam ex legibus[6], vel ex iis, quæ legis vicem obtinent[7], vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

6 QVÆDAM EX LEGIBVS] Vt exceptio ex lege Cincia, si quis vltra præstitutum modum donaverit, de qua extat insignis locus in *l. purè, §. si donavi, ff. de doli mali, & metus exceptione.* Exceptio legis Iuliæ de cessione bonorum, de qua in *§. vlt. infrà, tit. seq.* Videtur quoque esse ex veteri quadam lege exceptio rei litigiosæ, quâ certa pœna præscripta fuit, de qua in *l. 1. ff. de jure fisci*, fortè ex ipsa lege XII. tab. vt suadere videtur inscriptio *l. vlt. ff. de litigiosis.* Sunt & aliæ multæ exceptiones ex veteribus legibus, quibus aliquid fieri prohibetur, *l. exceptiones 3. ff. hoc tit.*

erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quíve in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quòd alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itémque aliæ multæ causæ sæpe impedimento sunt, quò minùs rem suam exequi possint.

* POSTQVAM de actionibus satis superque egit, subjicit per quas personas eas movere possumus. Et olim quidem cùm solemnes erant & legitimæ, agere pro alio nemo poterat, propter certissimam juris regulam, nemo alieno nomine agere potest, *l. nemo, ff. de reg. jur.* nisi in certis casibus, in quibus necessitas hoc extorserat. Sed cùm actiones desierunt esse solemnes & ordinariæ, sublatis formulis, *l. 1. de formul. & impetrat. act. subl. Cod.* & extra ordinem judicia frequentari cœperunt, *l. 47. actio, ff. de negot. gest.* cœperunt homines per procuratores litigare; id est assiduo vsu, & triturâ fori ita suadente, & impellente vtilitate receptum est, vt alieno nomine agere liceret.

[1] PRO TVTELA] Vnâ liturâ delenda est interpretatio Theophili. Pro tutela tutor agit, qui pupillum defendit; est enim tutela vis ac potestas, vt in definitione, suprà, *de tutelis.* Nec prætermittam vetus hoc jus Romanum fuisse in Francia observatum, vsque ad tempora Francisci I. Nemo enim potuit litigare per procuratorem, nisi licentiâ nominatim impetratâ à principe, vt docet *Stylus Parlamenti Latinè conscriptus*, & *Summa Ruralis.* Fuit autem vetus formula, quæ apud Marculphum extat: *Ille ad nostram veniens præsentiam suggessit nobis, eo quòd propter simplicitatem suam, causas suas minimè possit prosequi, vel admallare, clementiæ regni nostri petiit, vt inlustris vir ille omnes causas suas in vice ipsius, tam in pago, quàm in palatio nostro, admallandum prosequendúmque recipere deberet.* Ad quod jus vetus respiciens Academia Parisiensis, in *cap. quia in causis. extra. de procuratorib.* petiit à Summo Pontifice licentiam litigandi per procuratorem. Et frustra sunt interpretes, qui aliam petendi causam comminiscuntur.

*[1] PRO TVTELA] Omissâ interpretatione Theophili, quæ vnâ liturâ delenda est; hoc loco pro tutela agit tutor, cùm officio suo fungitur, id est pupillum defendit: qua de causa potissimùm creatur, vt ex definitione tutelæ constat, *l. 1. ff. de tut.* pro populo agit syndicus, qui decreto constituitur, vt omnium nomine agat, cùm agere vniversi non possint: pro libertate assertor, qui in multis à procuratore differt, vt docet Cujac. in *Parat. Cod. de assert. toll.*

§. I. Procurator, neque certis verbis, neque præsente adversario, imò plerumque ignorante eo constituitur. Cuicumque enim permiseris [2] rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intellegitur.

*[2] CVICVMQVE ENIM PERMISERIS] His verbis ostendit Iustinianus, procuratorem non posse intelligi sine mandato, *l. 1. ff. de procurator.* nam qui egerit sine mandato, negotiorum gestor dicitur, qui maximè differt à procuratore, vt constat ex *titulo de negot. gest.* Is enim licèt gerere & defendere sine mandato possit, [illegible] tamen potest agere, id est actionem movere: nemo enim agit sine mandato, exceptis [illegible] [illegible]dam personis, quibus hoc jure singulari concessum est, *l. 35. sed & ka persona*, & *l. 4*[illegible] *[illegible]nius, §. vlt. ff. de procurator. & defens.*

§. II. Tutores & curatores quemadmodum constituantur primo libro expositum est.

De satisdationibus.

CAPVT XI.

SATISDATIONVM modus alius antiquitati placuit, alium novitas per vsum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur [1], satisdare possessor compellebatur: vt si victus nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem ejus, potestas esset petitori, aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus, quæ satisdatio appellatur Iudicatum solvi. Vnde autem sic appellatur facile est intellegere: namque stipulatur quis vt solvatur sibi quod fuerit judicatum. Multò magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat [2], satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat satisdare jubebatur, Ratam rem dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores & curatores [3] eodem modo, quo & procuratores satisdare debere, verba edicti faciebant. sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur.

* CVM propter actiones interponantur satisdationes, vel ab actore, vel à reo, vel à procuratoribus, aut defensoribus: meritò hic titulus subjicitur præcedentibus.

[1] SI IN REM AGEBATVR] Actione speciali quæ dicitur rei vindicatio; nam si generali, id est petitione hereditatis, non compellebatur possessor satisdationem judicatum solvi præstare, quam *l. 5. ff. de petit. hereditat.* designat his verbis, *Nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare.* Sed præstabat, vt loquitur *d. l. 5.* solitam cautionem de hereditate non minuenda; cavebat se nihil deterius facturum in hereditate, de qua jurgium esset: periculum enim erat, vt Asconius scribit *lib. 3. in Verrem,* ne interea qui tenet diffidens causæ, deteriorem possessionem faceret, tecta dissiparet, & culta desereret. Hanc autem cautionem non præstante possessore, transferebatur possessio in petitorem hereditatis, si & ipse satisdare paratus esset: petitore enim non satisdante, possessio remanebat penes possessorem, ex vulgata regula juris, in pari causa potiorem esse causam possessoris, quod Paulus docet *lib. 1. Sent. tit. de satisdando.*

*[1] SI IN REM AGEBATVR] Speciali scilicet in rem actione; nam in generali, id est in petitione hereditatis, non exigebatur satisdatio judicatum solvi; sed de hereditate non minuenda, quæ solita cautio dicitur in *l. 5. ff. de petitione hereditatis:* nisi possessor ex hereditate aliquid distrahere vellet, quo casu, vt est in *d. l. 5.* præstabatur cautio judicatum solvi. Igitur qui rei vindicatione pulsabatur, cautionem præstabat: at qui suo nomine agebat, satisdare non cogebatur; quia si inten-

tionem suam non probaret judici, non condemnabatur, sed tantùm possessor absolvebatur, §. *& si in rem, de offic. judic. infrà.*

[2] SI SUO NOMINE PETEBAT] Observanda est diligenter hæc vetus differentia inter actionem in rem & actionem in personam. Si in rem agebatur, possessor satisdare compellebatur de re restituenda, vel æstimatione litis præstanda: si in personam, reus non tenebatur satisdare, *l. qui ex parte, ff. de interrogationib. in jure faciendis.* Est enim similis differentiæ, de qua suprà dixi in §. *præterea, de actionib.* In arbitrariis actionibus quibus agitur de restituenda re, jussus vel præceptum judicis de re restituenda præcedere debet condemnationem. In actionibus in personam, quibus agitur de damno dato, vel de pecunia solvenda, jussus non præcedit condemnationem; quia reus rem non possidet, quam restituere teneatur: frustra igitur præcederet jussus, vel satisdatio de re restituenda.

*[3] TUTORES ET CURATORES] Edicti verba generaliter scripta, tutores & curatores iisdem satisdationibus subjiciebant, quibus & ceteros, qui alieno nomine agerent, vel defenderent, *l. 33. servum, §. ait Prætor, ff. de procurator.* Sed sensim benignâ prudentum interpretatione obtinuit, ut illis agentibus satisdatio plerumque remitteretur, *l. 23. vulgò, ff. de administrat. tutor.* quasi Prætor in edicto suo de iis tantùm cogitaverit, qui se alienis negotiis sponte sua immiscent; non de iis qui ex officii necessitate ad hoc impelluntur, *l. 39. si plurium, §. 1. ff. de noxalib. action.*

§. I. [a] Si verò in personam [4], ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quâ in rem agitur. ab ejus verò parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret: [b] quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quòd si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam: Iudicatum solvi satisdare non cogebatur.

[a] *Ex l. 5. §. ult. quibus ex causis in poss. eat.*

[b] *Ex l. qui proprio, §. qui alium, de procurator.*

*[4] SI VERO IN PERSONAM] Inter actionem in rem & in personam, circa satisdationes hæc olim erat differentia; quoniam cùm in rem agebatur, possessor satisdare cogebatur judicatum solvi: at reus qui actionem in personam suo nomine suscipiebat, non tenebatur præstare satisdationem, *l. 18. qui ex parte, ff. de interrog. in jure fac.* Cujus differentiæ hæc ratio reddi potest, quòd actio in personam quæ ex obligatione descendit, detur adversus eum cum quo contraximus, cujus fidem sine fidejussore sequuti sumus: non possumus igitur ex postfacto duriorem ejus facere conditionem. At in rem actio datur in eum qui nullo jure nobis obligatus est, sed facimus ei controversiam de re quam nostram dicimus, §. *omnium, suprà, de actionib.* à quo meritò cautionem exigimus; quia diffidentiâ causæ ductus eam deteriorem facere posset. Inter procuratorem autem actoris, & rei, qui propriè defensor dicitur, hæc erat differentia: quòd ille satisdaret de rato, nisi constaret de mandato; quia periculum erat ne iterum dominus experiretur: hic autem judicatum solvi, etiamsi constaret de mandato; & de rato quoque in quibusdam casibus, in quibus periculum erat ne iterum dominus experiretur, *l. 35. §. ult. & l. 36. vel in operis, ff. de procurator. & defensorib.*

§. II. Sed hæc hodie [5] aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione [6] dare compellitur: sed pro sua tantùm persona, quod

in

in judicio permaneat vsque ad terminum litis: vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant: vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

*⁵ SED HÆC HODIE] Non est admittendum quod interpretes cum glossa docent, hunc §. accipiendum esse de cautione judicio sisti, cujus non alius erat effectus quàm vt judicium acciperetur; id est formula judicii cui judex pedaneus addicebatur, *l. 1. & 2. ff. si ex nox. causa agat.* ideóque ea cautio interponebatur ante judicium acceptum, *l. amplius, ff. rem rat. haberi.* Hîc enim non agitur de illa veteri cautione, sed de alia nova, quâ quis judice jam accepto promittit se in judicio permansurum vsque ad terminum litis, cujus etiam fit mentio in *cap. 4. si verò semel, nov. 53. de exhib. reis, collat. 5.* illa accepto judicio finitur, hæc finitur sententiâ.

⁶ NVLLAM SATISDATIONEM PRO LITIS ÆSTIMATIONE] Si quis suo nomine conveniatur, hodie non præstat satisdationem judicatum solvi, sed satisdationem judicio sisti: quam tamen non quilibet præstat, habetur enim ratio qualitatis personæ, vt in *titulo, ff. qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel promissioni sua committantur.* jurato promittit vir illustris, vel clarissimus: promittit simpliciter, qui amplissimas facultates habet, *l. 1. ff. de custodia rerum.*

§. III. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur: in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum⁷ est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur: eodem observando, & si tutor, vel curator vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

*⁷ SI NON MANDATVM ACTIS INSINVATVM] Actoris procurator etiam hodie cogitur præstare satisdationem rem ratam dominum habiturum; quod obtinet in procuratore absentis, nam præsentis procurator non satisdat, quia ejus personam dominus probat. Imò & procuratori absentis aliquando remittitur satisdatio, si voluntas, aut mandatum domini apud acta fuerit insinuata, aut libello Principi oblato declarata, *l. vnic. Cod. de satisdando, l. ne satisdatio, ff. rem ratam haberi;* vel per literas ad adversarium scriptas, *l. si procuratorem, ff. de procuratorib.* aut cùm maritus nomina exigit quæ extra dotem sunt, quæ mulier dedit, & loco paraphernorum apud eum manebant, *l. vlt. Cod. de pactis, con. tam super dote quàm donat. propter nupt. & parapher.*

§. IV. Si verò aliquis convenitur: si quidem præsens procuratorem dare paratus est: potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per Iudicatum solvi satisdationem solemni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat⁸ pro omnibus Iudicatum solvi satisdationis clausulis⁹. vbi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur: sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit: vt tam ipse quàm heredes ejus obligentur: alia insuper cautela, vel satisdatione propter per-

sonam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur: vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

* [8] IPSE SVI PROCVRATORIS FIDEIVSSOR EXISTIT] Fidejussor est, qui pro debitore suo nomine stipulanti promittit citra novationem, & ideo pro seipso fidejubere potest nemo, quod tamen hîc videtur admittere Iustinianus, nam qui procuratorem constituit, reus principalis est, cùm de ejus re & negorio agatur. Is tamen dicitur fidejussor, vnde videretur dicendum eumdem esse sui ipsius fidejussorem, quod admitti nequit: quandoquidem intelligi non potest, vt quis pro se fidejubendo obligetur, *l. 21. heres, §. servo tuo, ff. de fidejussorib.* Ideóque quidam existimant fidejussorem hîc pro expromissore sumi, vt in *l. 30. §. 1. ff. de pactis* admittit Cujacius ad *d. §.* quem tamen locum esse singularem in jure affirmat. Videtur ergo dicendum dominum dici fidejussorem sui procuratoris, quoniam procurator post litis contestationem dominus litis est, *l. 23. nulla, Cod. de procuratorib.* & in ejus personam concipiebatur sententia, *l. 28. ff. de procurat. & defensorib.*

[9] PRO OMNIBVS IVDICATVM SOLVI SATISDATIONIS CLAVSVLIS] Rectè Theophilus, hoc est procuratorem in judicio permansurum, vsque ad finem litigaturum, id quod judicatum erit soluturum: sed & præstare quoque tenetur quod sequitur de hypotheca rerum suarum, & adjicienda quoque est clausula quæ personam ipsius domini respicit, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur.

§. V. Si verò reus præstò ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire: nulla differentia inter actiones in rem, vel in personam introducenda, potest hoc facere: ita tamen vt satisdationem Iudicatum solvi pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundùm veterem regulam (vt jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur.

§. VI. Quæ omnia apertiùs & perfectissimè à cottidiano judiciorum vsu in ipsis rerum documentis apparent.

§. VII. Quam formam non solùm in hac regia vrbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis, & si propter imperitiam fortè aliter celebrantur, obtinere censemus: quum necesse est omnes provincias, caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam vrbem, ejúsque observantiam sequi.

De perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad heredes, & in heredes transeunt.

CAPVT XII.

HOc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege, Senatúsve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuò solere antiquitùs competere, donec sacræ constitutiones, tam

in rem quàm in personam actionibus certos fines dederunt. eas verò quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere. nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, vsque ad finem ex constitutionibus introductum: quales sunt eæ quas bonorum possessori, ceterísque qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuò datur. absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

* MIRVM videri potest quod dicitur, actiones tam in rem, quàm in personam ex jure civili descendentes fuisse perpetuas, antequam sacræ constitutiones certos fines darent: quoniam certum est actionem in rem lege XII. tab. in rebus mobilibus anno, in immobilibus autem biennio fuisse circumscriptam. Sed dicendum hoc contigisse ex accidenti propter vsucapionem, interveniente scilicet vsucapione, quæ cùm certas haberet conditiones, non poterat omni casu procedere: atque ita cessante vsucapione, actio in rem non minùs quàm in personam perpetua remanebat: quibus tamen omnibus certos fines dederunt constitutiones, *l. 3. sicut. Cod. de. præscript. 30. vel 40. ann.*

§. I. Non omnes autem actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à Prætore dantur, & in heredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones[1] in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: exceptâ injuriarum actione & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu[2] actio contra heredem non competit, quum testator dolosè versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas suprà diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ: & heredibus dantur, & contra heredes transeunt.

Ex l. pupillum 111. de reg. juris.

*[1] EX MALEFICIIS POENALES ACTIONES] Actiones ex delicto sunt in triplici differentia, quædam enim sunt merè pœnales, quædam rei persequutoriæ, quædam mixtæ. Merè pœnales, quales sunt furti, & injuriarum, in heredes nullo modo dantur, *l. 1. ff. de privatis delict. l. 13. injuriarum, ff. de injuriis.* Mixtæ, quæ rem & pœnam simul persequuntur, vt servi corrupti, damni injuriâ ex lege Aquilia, dantur in heredes quatenus rem, non pœnam continent; vt illud quod scelere quæsitum est extorqueatur, nec ad heredis compendium trahatur, *l. 16. quod diximus, §. vlt. ff. quod met. causa.* Quæ ad solam rei persecutionem pertinent, qualis est de dolo, eatenus dantur, quatenus ad heredes pervenit, *l. 26. in heredem, §. vlt. ff. de dolo malo.* A superiori tamen definitione excipiuntur duæ, nam actio vi bonorum raptorum licèt mixta, nullo modo adversus heredem datur; quia Prætor putavit sufficere condictionem, *l. 2. §. vlt. ff. vi bon. rapt.* & condictio furtiva datur in heredem in solidum, licèt nihil pervenerit, *l. 9. ff. de condict. furtiva.*

[2] ALIQVANDO TAMEN ETIAM EX CONTRACTV] Pugnat omnino hæc sententia, cum regula juris tradita in *l. si hominem, §. 1. ff. depositi, l. ex contra-*

ctibus, ff. de oblig. & actionib. l. sicuti, l. ad ea, §. vlt. ff. de reg. jur. Sed respondendum est ex Paulo *l. vlt. ff. de fidejussorib.* tutorum heredibus contra regulam juris veteris beneficio constitutionum subventum esse; vt quod dicitur in *hoc titulo, §. 1. versic. pœnales*, & in *l. omnes pœnales, ff. de oblig. & action.* contra veterem regulam juris constat novis constitutionibus fuisse immutatum, *l. constitutionibus, ff. eod. tit.* vt hoc casu, ita constitutione Severi & Antonini heredibus tutorum subventum est, vt neque ex levi culpa tutorum teneantur, neque ex omni dolo & lata culpa tutoris; sed ita demum si ex damno pupilli lucrum captatum sit, aut gratiâ præstitum alteri; nisi lis cum defuncto contestata fuerit. Quæ est perspicua sententia, *l. 1. C. de heredib. tutor.* vt jam docui ad *tit. de satisdat. tutorum*, quod Græcis interpretibus placuisse reperio. Sic enim habet Latina interpretatio Cujacii *lib. 38. Basilic. tit. 7.* in editione Lutetiana, apud Nivellum: *Summi quidem juris ratio vult, etiamsi lis non sit contestata cum tutore, heredem teneri: sed constitutionibus subventum est ignorantiæ heredum, vt ex levi culpa, aut negligentia tutoris non teneantur, neque ex dolo tutoris, si ex dolo quem dolavit lucrum non fecerit, aut gratiam alteri præstiterit.*

Et soleo dati damni ex lata culpa tutoris, qui nullum tamen lucrum facit, vel gratiam præstat alteri, dare exemplum ex *l. tutor, §. competit, ff. de administratione tutorum*; si prædia non idonea comparaverit neque sordidè, neque gratiosè, sed non bonam conditionem sequutus per latam negligentiam, quæ dolo comparatur, vulg. *l. quod Nerva, ff. depositi*, quo casu tenetur quidem tutor; sed quia nullum lucrum sentit, vel præstat alteri per gratiam, ex hac lata culpa heredes tutoris non tenentur ex sententia *d. l. prima*. Nec prætermittam in *d. l. 1.* observandam esse metathesim, sive hyperthesim, quæ plerumque obscurum sensum reddit, vt apud Virgilium notat Servius initio *lib. 5. Æneïdos* in illum locum,

duri magno sed amore dolores
Polluto, notúmque furens quid femina possit.

Sensus enim *d. l. 1.* hic est: si lis contestata non sit cum defuncto, heredes tutoris ex levi culpa non teneri, neque ex dolo vel lata culpa, si ex damno pupilli nullum lucrum fecerit tutor, aut gratiosè præstiterit alteri. Id autem cum *d. l. 1.* induxisset in actione tutelæ, vt aliquando ex dolo non teneantur heredes; deinde tractum fuit per consequentias, (vt in re simili loquitur, *l. sin autem, §. sed & is, ff. de rei vindict.*) ad ceteros bonæ fidei contractus, in quibus dolus venit ex rei persecutione. Nam si id obtinet adversus pupillum in actione tutelæ, cujus privilegia notissima sunt; & in actionibus bonæ fidei eadem æquitas multo magis admittenda est, vt ex jure novo constitutionum hic sit manifestus *hujus §.* sensus, si nihil pervenerit ex dolo defuncti, heredes ex contractibus bonæ fidei non teneri, in quibus dolus actione bonæ fidei vindicatur. Verbum autem *pervenerit*, quomodo hoc loco accipiendum sit, repete ex his quæ jam docui ad *tit. de satisdat. tutorum.* Quæ vulgò hîc adnotantur de deposito incendii, ruinæ, & naufragii causâ, & de precario: ad hunc locum non pertinere jam docuit Cujacius in *Paratit. Codic. tit. de in litem jurando.*

* 1 ALIQVANDO TAMEN ETIAM EX CONTRACTV] Regulariter ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantùm in id quod pervenit, sed etiam in solidum tenentur, *l. 157. ad ea, §. vlt. ff. de reg. jur. l. 12. ex deposito, l. 49. ex contractibus, ff. de oblig. & act.* Sed contra veterem juris regulam beneficio constitutionum ignorantiæ heredum succursum est, vt docet Paulus in *l. vlt. ff. de fidejussor. tut.* vt non aliter tenerentur ex dolo defuncti, nisi aliquid ex tali dolo

ad eos perveniſſet: quod primò conſtitutum fuiſſe in actione tutelæ apparet ex *l. 1. Cod. de heredib. tutor.* & *l. 1. 4. & 5. Cod. de in litem jur.* & deinde à Iuſtiniano productum ad ceteros bonæ fidei contractus, non ſine ſumma ratione. Nam ſi id receptum id fuit in actione tutelæ adverſus pupillum, cujus privilegia in jure notiſſima ſunt, quanto magis id admitti debuit in ceteris contractibus bonæ fidei. Sed obſervandum perveniſſe illud videri, quod vel primâ ratione fuerit, vt loquitur Vlpianus in *l. 23. vtrum, ff. de petit. heredit.* quamvis non duret; ſi ex damno lucrum captatum, aut gratiâ præſtitum ſit, vt loquuntur Imperatores in *l. 1. Cod. de heredib. tut.* cùm in delictis non ſufficiat ad defunctum perveniſſe, niſi etiam ad heredem pervenerit, *l. 20. quantum, ff. quod metus cauſa.*

§. II. Supereſt vt admoneamus, quòd ſi ante rem judicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio judicis convenit eum abſolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea cauſa fuiſſet, vt damnari debeat. & hoc eſt quod antè vulgò dicebatur, omnia judicia abſolutoria eſſe[5].

*[5] OMNIA IVDICIA ABSOLVTORIA ESSE] Id eſt proprium actionis arbitrariæ, vt judex ante condemnationem abſolvere poſſit reum ſatisfacientem actori: quod non obſervari in judiciis ſtrictis pluſquam manifeſtum eſt, propter neceſſitatem formulæ, ex qua ſi appareт deberi id quod actor petit, omnino condemnandus eſt reus ſecundùm intentionem actoris. vnde non videtur admittendum quod hîc dicitur, omnia judicia eſſe abſolutoria ſi reus actori ſatisfaciat. Sed dicendum eſt hoc ita exaudiendum, ſi ſolutionem & ſatisfactionem admittat actor, quam recuſare in actionibus arbitrariis non poteſt; quia hoc fit ex natura actionis: quod in aliis judiciis non obtinet, in illis enim arbitrium hoc judici non permittitur.

De exceptionibus.

CAPVT XIII.

SEQVITVR vt de exceptionibus diſpiciamus. Comparatæ autem ſunt exceptiones[1] defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur. Sæpe enim accidit[2] vt licèt ipſa perſequutio, quâ actor experitur, juſta ſit, tamen iniqua ſit adverſus eum cum quo agitur.

[1] COMPARATÆ AVTEM SVNT EXCEPTIONES] Exceptionum quoque fuerunt formulæ certæ, de quibus Paulus tractaverat in *libro ſingulari de conceptione formularum*, vt docet inſcriptio *l. exceptiones 20. ff. hoc titulo.* Has Prætor ſubjiciebat actionibus, & veluti conditiones quaſdam inſerebat, hoc modo, *Condemna judex Titium ſi non convenerit de pecunia non petenda.* Vnde rectè exceptio dicitur conditio, vulg. *l. exceptio 22. ff. hoc tit.* hac enim adjectione excluditur intentio actoris, vt non malè à veteribus Franciæ pragmaticis exceptiones dicantur clauſtra, & cancelli, quibus circumſcribantur actiones, ſic enim loquuntur, *propoſer barres & exceptions.* Erat autem hæc adjectio omnino neceſſaria in actionibus ſtricti juris, nec potuit aliter his actionibus addictus judex, quantumvis juſtæ & receptæ exceptionis rationem habere; ſed tenebatur ſequi formulam purè & ſtrictè

conceptam: quod non obtinuisse in bonæ fidei actionibus certissimi juris est; iis enim passim exceptiones omnes inesse dicuntur, *l. sed etsi ideo, ff. soluto matrimonio, l. hujusmodi*, §. *qui servum, ff. de leg.* 1. Potuit igitur judex addictus actioni bonæ fidei, ex vi & potestate formulæ, etiam non insertam nominatim exceptionem admittere.

*[2] SÆPE ENIM ACCIDIT] Quod de exceptione doli mali dicitur, illam revocare naturalem æquitatem, quam sæpe juris civilis subtilitas offundit; de omnibus aliis dicere licet, quandoquidem illæ naturali æquitate nituntur, contra juris civilis rigorem & subtilitatem. Quod indicat Iustinianus, dum asserit ipsam persequutionem quâ actor experitur justam esse, id est legitimam secundùm jus summum; iniquam tamen, id est contra juris naturalis æquitatem, adversus eum cum quo agitur. Non ergo simpliciter & sui naturâ, sed tantùm adversus eum qui defensione aliquâ munitus est.

§. I. Verbi gratiâ, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere: palàm est, jure civili te obligatum esse[3], & actio quâ intenditur dare te oportere efficax est, sed iniquum est te condemnari. Ideóque datur tibi exceptio metus causâ aut doli mali, aut in factum composita[4], ad impugnandam actionem.

[3] IVRE CIVILI TE OBLIGATVM ESSE] Id est secundùm subtilitatem juris civilis, *l. 36. ff. de verb. oblig*at. vel vt Theophilus loquitur, *τῷ τε νόμου ἀκειϐεία*. Tribus autem modis in his libris dicitur obligatio, propriè, non impropriè, & impropriè. Obligatio propriè dicitur, quæ, vt est in definitione, necessitate adstringit, & ita consistit, vt nullum contrarium jus quo Romana civitas vtatur, actioni quæ ex obligatione competit opponatur, vt in *l. vel obligatus*, §. *obligatum, ff. de liberali causa*. Non impropriè, quæ jure quidem civili subtili & stricto consistit, & efficax est ad agendum; sed beneficio exceptionis jure Prætorio, vel alio speciali jure receptæ fit inefficax, vt in *hoc* §. Obligatio verò impropriè dicitur, quæ naturâ tantùm consistit, nec actionem parit; sed vinculum tantùm dicitur æquitatis, non juris, *l. Stichum 95.* §. *naturalis, ff. de solutionib.*

*[4] AVT IN FACTVM COMPOSITA] Sicut actiones quædam dicuntur in factum, quia cùm non habeant certam verborum conceptionem & formulam, facti ipsius & negotii verbis concipiuntur, *l. 6. cum mota, Cod. de transact.* Sic & exceptiones quædam in factum componi dicuntur, quia narratiuè exponuntur, vt docet Theophilus: nam vt actionum, sic & exceptionum formulas fuisse certas (de quibus Paulus tractaverat in libro singulari de conceptione formularum) docet inscriptio *l. 20. ff. de exceptionib.* quas Prætor subjiciebat actionibus, & veluti conditiones quasdam inserebat hoc modo, *Condemna judex Titium, si non convenerit de pecunia non petenda*: vnde in *l. 22. ff. de except.* exceptio dicitur conditio, quæ modò eximit reum à condemnatione, modò minuit condemnationem; quia figurâ conditionis apponebatur. Et licèt interdum figurâ conditionis non conciperetur, vi tamen & potestate conditionem continebat, puta, *quòd præjudicium hereditati non fiat, l. 13. si post, l. 14. filiusfam. l. 16. fundum, ff. de except.* idem enim est ac si diceretur, si præjudicium hereditati non fiat: quâ adjectione excluditur actoris intentio, & actio fit inefficax.

§. II. Idem juris est, si quis quasi credendi causâ pecuniam stipulatus

ſuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum certum eſt: dare enim te oportet, quum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia iniquum eſt eo nomine te condemnari: placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere, cujus tempora nos (ſecundùm quod jam ſuperioribus libris ſcriptum eſt) conſtitutione noſtra coarctavimus.

§. III. Præterea debitor ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe peteretur, nihilominùs obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo diſſolvuntur. qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, quâ actor intendit: Si paret eum dare oportere. Sed quia iniquum eſt contra pactionem eum damnari: defenditur per exceptionem pacti conventi.

§. IV. Æquè ſi debitor [5] creditore deferente juraverit, nihil ſe dare oportere, adhuc obligatus permanet. ſed quia iniquum eſt de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè neceſſariæ ſunt exceptiones, veluti ſi petitore deferente poſſeſſor juraverit eam rem ſuam eſſe: & nihilominùs petitor eamdem rem vindicet. licèt enim verum ſit, quod intendit, id eſt, rem ejus eſſe, iniquum tamen eſt poſſeſſorem condemnari.

*[5] ÆQVE SI DEBITOR] Comparat exceptionem jurisjurandi cum exceptione pacti; quia ſicut pacto non tollitur obligatio, ita nec jurejurando cui ineſt pactum. Major tamen eſt vis jurisjurandi quàm pacti, nam poſtquam juratum eſt denegatur actio, *l. 9. nam poſteaquam. ff. de jurejurando*, *l. 1. §. 1. & 2. ff. quarum rerum actio non datur*, quod in pacto non obtinet. Denique jusjurandum habet tranſactionis ſpeciem, & majorem auctoritatem quàm res judicata, *l. 1. Cod. de rebus credit. & jurejur.* quod dici nequit de pacto: & hoc cum deferente creditore debitor juravit, non ſi proprio motu, aut judice deferente, *l. 31. admonendi, ff. de jurejur.*

§. V. Item ſi judicio tecum actum fuerit, ſive in rem, ſive in perſonam, nihilominùs obligatio durat. & ideo ipſo jure de eadem re poſtea adverſus te agi poteſt: ſed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

§. VI. Hæc exempli causâ retuliſſe ſufficiet. Alioquin quàm ex multis variiſque cauſis exceptiones neceſſariæ ſint, ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris intellegi poteſt. Quarum quædam ex legibus [6], vel ex iis, quæ legis vicem obtinent [7], vel ex ipſius Prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.

[6] QVÆDAM EX LEGIBVS] Vt exceptio ex lege Cincia, ſi quis vltra præſtitutum modum donaverit, de qua extat inſignis locus in *l. purè, §. ſi donavi, ff. de doli mali, & metus exceptione.* Exceptio legis Iuliæ de ceſſione bonorum, de qua in *§. vlt. infrà, tit. ſeq.* Videtur quoque eſſe ex veteri quadam lege exceptio rei litigioſæ, quâ certa pœna præſcripta fuit, de qua in *l. 1. ff. de jure fiſci*, fortè ex ipſa lege XII. tab. vt ſuadere videtur inſcriptio *l. vlt. ff. de litigioſis.* Sunt & aliæ multæ exceptiones ex veteribus legibus, quibus aliquid fieri prohibetur, *l. exceptiones 3. ff. hoc tit.*

*[6] QVÆDAM EX LEGIBVS] Cùm pactum injuriarum & furti tollat ipso jure actionem, quia lege XII. tab. confirmatur, *l. 17. si tibi, §. 1. ff. de pactis*, idem omnino generaliter obtinere videtur dicendum, cùm pactum lege aliquâ, aut simili juris parte quæ legis habet vigorem confirmatur, *l. 6. legitima, ff. de pactis*. Sed dicendum legislatorem non semper palàm & apertè imperare, in quo legis virtus consistit, *l. legis virtus, ff. de legib.* sed plerumque agere vices interpretis; vt constat ex rescripto D. Marci, de quo in §. *in bonæ fidei, suprà, de actionib.* cujus auctoritate non ipso jure, sed per exceptionem compensatio in actionibus strictis inducebatur; quod ex aliis pluribus locis licet confirmare.

[7] QVÆ LEGIS VICEM OBTINENT] Id est ex senatusconsultis, & Principum constitutionibus, vt ex notissimis senatusconsultis Macedoniano, & Velleiano. Adde exceptionem ex Trebelliano, de qua in *l. 1. §. si præcepto, ff. quando de peculio actio ann. est.* Ex constitutionibus autem Principum, vt in *l. vlt. Cod. quod cum eo qui in aliena potestate est.* si pecunia credita sit servo prædiis colendis præposito, sine speciali jussu domini: cum similibus exceptionibus.

§. VII. Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ. *Ex l. 3. eod.*

§. VIII. Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem de qua agitur perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causâ factum est, & pacti conventi, quum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. *Ex d. l. 3. eod.*

§. IX. Temporales atque dilatoriæ sunt quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, quum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis; differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim & dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin si intra tempus egerint, objectáque sit exceptio: neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cùm temerè rem in judicium deducebant, & consumebant, quâ ratione rem amittebant. Hodie autem non ita strictè hæc procedere volumus: sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator, de iis, qui tempore plus petierint, protulit: vt & inducias quas ipse actor sponte indulserit, vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: vt actores tali pœnâ perterriti, tempora litium doceantur observare. *Ex d. l. 3. eod.*

§. X.

§. X. Præterea etiam ex persona[8] dilatoriæ sunt exceptiones, quales sunt procuratoriæ: veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. suis verò negotiis superesse sine offensa disciplinæ possunt. Eas verò exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam, vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur: quum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sanximus, ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

*[8] PRÆTEREA ETIAM EX PERSONA] Dilatoriæ exceptiones quædam sunt ex re, quædam ex persona. Ex re, vt si convenerit ne intra certum tempus petatur. Ex persona, vt procuratoria; nam qui dicit non licere procuratorio nomine agere, non prorsus litem inficiatur, sed personam evitat, *l.* 2. §. *vlt. & l.* 3. §. *vlt. ff. de exceptionibus.*

De replicationibus.

CAP. XIV.

INTERDUM evenit vt exceptio, quæ primâ facie justa videatur, iniquè noceat. quod quum accidit, aliâ allegatione opus est, adjuvandi actoris gratiâ, quæ replicatio vocatur: quia per eam replicatur, atque resolvitur jus exceptionis[1]. veluti quum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, vt creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, vt ita demùm condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat: nocet ei exceptio. convenit enim ita: namque nihilominùs hoc verum manet, licèt postea in contrarium pacti sint. sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

REPLICATIO est veluti exceptionis exceptio, seu exclusio; quemadmodum duplicatio est etiam replicationis exclusio, & sic deinceps, *l.* 2. §. *illud,* (juncto Theophilo hîc) *ff. de exceptionib.*

*[1] RESOLVITUR IUS EXCEPTIONIS] Non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem si hoc actum sit; quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, *l.* 27. *si ejus*, §. *pactus*, *ff. de pactis*, & quod factum est, infectum fequeni facto fieri non potest, *l.* 31. *verum est*, *ff. de reg. jur.* Replicatio autem exceptionem elidit ita demum, si opponatur; quia in exceptionibus factum versatur magis quàm jus: ideóque exceptio juri opponitur, *l.* 34. *qui servum*, §. *si is cui*, *ff. de oblig. & actionib.*

§. I. Rursus interdum evenit, vt replicatio quæ primâ facie justa est, iniquè noceat. quod quum accidit aliâ allegatione opus est, adjuvandi rei gratiâ, quæ duplicatio vocatur. *Ex Vlp. l.* 2. §. *pen. de except.*

PPp

§. II. Et si rursus ea primâ facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori iniquè noceat, rursus aliâ allegatione opus est, quâ actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio. *Ex d. l. 2. §. pen. de except.*

§. III. Quarum omnium exceptionum vsum interdum vlteriùs, quàm diximus, varietas negotiorum introduxit: quas omnes apertiùs ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

§. IV. Exceptiones autem[2] quibus debitor defenditur: plerumque accommodari solent[3] etiam fidejussoribus ejus, & rectè: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio[4] redditurus est eis, quòd ii pro eo solverint. Quâ ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur. Sanè quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, Nisi bonis cesserit. Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit vt quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.

[2] EXCEPTIONES AUTEM] Per exceptiones etiam hîc intellige duplicationes, triplicationes, quadruplicationes, & ceteras exclusiones, quæ debitori, seu reo competunt, & prosunt etiam fidejussoribus, & aliis intercessoribus eorum, hîc, & *l. exceptiones 7. ff. de exceptionib.*

* [3] PLERVMQVE ACCOMMODARI] Ideo additur τὸ *plerumque*, quia hoc non est indistinctè verum, sed adhibitâ distinctione, de qua in *l. 7. exceptiones, ff. de exceptionib.* an personæ, an rei cohæreant: cùm rei cohæret, adeò fidejussori competit, vt eam reo invito opponere possit; quia, vt eleganter Iulianus in *l. 15. si stipulatus, ff. de fidejussor.* interest ejus pecuniam retinere potiùs, quàm solutam creditori à reo repetere. Adde quòd posset contingere, vt fidejussor solvendo pecuniam amitteret, si scilicet reus principalis solvendo non esset, *l. 24. fidejussori, ff. de donation.* inanis est enim actio, quæ excluditur inopiâ debitoris, *l. 6. nam is nullam, ff. de dolo malo.*

* [4] QVIA MANDATI IVDICIO] Datur aliquando negotiorum gestorum actio, *l. 20. ex mandato, §. vlt.* & *l. 40. si pro te, ff. mandati*, cùm quis pro absente fidejussit; sicut enim actioni de dolo adjungitur actio in factum, ita actioni mandati adjungitur actio negotiorum gestorum. Sed quibus casibus fidejussori solventi, adversus debitorem non datur actio mandati, vel negotiorum gestorum, vt quod solvit repetat; his etiam exceptio quæ debitori prodest, fidejussori denegatur: vt si fidejusserit donandi animo, vel in rem suam, *l. 32. quod datum, ff. de pactis*, *l. 5. si quis rem, ff. de liberat. legato*, vel si pro invito domino, *l. 40. si pro te, ff. mandati.* quibus casibus alios addit D. Cujacius *lib. 19. Obs. cap. 29.*



De interdictis.

CAPVT XV.

SEQVITVR, vt dispiciamus de interdictis seu actionibus, quæ pro his exercentur[1]. Erant autem interdicta, formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. quod tunc maximè faciebat[2], quum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

CVM inter controversias, quarum dirimendarum distrahendarúmque causâ judicia constituta sunt, nulla plerumque gravior existat eâ, qua de jure possessionis agitur; ex qua, vt Theoph. hoc loco notat, res sæpe procedit ad cædes, vulnera, plagas: existimavit Prætor rem tanti momenti ad suam curam & solicitudinem esse revocandam. Ideóque de variis possessionum causis varia interdicta proposuit, id est edictis publicè propositis de iis controversiis pollicitus est se interdicturum, & interloquuturum, vi omni extraordinariâ prohibitâ; & permissâ tantùm vi illâ civili, vt Festus ait, & cottidianâ, quæ verbis fieri dicebatur, vt constat ex *cap.* 10. *lib.* 20. *A. Gellii*, & ex *oratione pro Cecinna.* Itaque ortâ de possessione controversiâ, vt ex vetere Iurisconsulto Ælio Gallo Festus refert in verbo *possessio*, ad interdictum veniebant; id est ad Prætorem ipsum, vt iis solemnibus verbis vteretur, quibus se interdicturum in edicto promittit. verbi gratiâ, (quo exemplo idem Festus vtitur) ex interdicto vti possidetis, iis solemnibus verbis Prætor vtebatur, *Vti nunc possidetis eum fundum quo de agitur*, (ita legendum) *quod nec vi, nec clam, nec precario ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto.* His autem legitimis verbis à Prætore prolatis, id est reddito interdicto, Titius, puta, negabat Sempronium à quo ad interdictum provocatus fuerat, hunc fundum possidere. Ex vetustissimo jure sponsiones interponebantur, & vice mutua stipulationes inter Sempronium & Titium, ni verum esset Sempronium possidere; & super hac quæstione facti, ex interdicto sumebatur judex, vt notissimum est ex Quintiliani *lib.* 7. *cap.* 6. & oratione Tullii *pro Cecinna.* Vel sublato tandem sponsionum vsu, cujus nullum extat vestigium in libris nostris, necessariò de hujus possessionis controversia judex à Prætore datus judicabat: quæ omnia verissima esse aliquando D. Cujac. agnovit, vt constat ex *Paratit. Pandectar.* & ex *cap.* 17. *lib.* 5. *Obs.*

Ex his, opinor, liquidò intelligimus quid sit interdictum, quod eleganter à Theophilo nostro dicitur *ἐμιλία*, id est effatum, seu sermo Prætoris interloquentis inter duos de jure possessionis contendentes: quo nempe judicem, quem de quæstione facti dat, instruit & informat, quomodo in hac controversia instruenda, & judicanda se gerere debeat. Iam enim Prætor pronuntiavit possessionem penes eum esse debere, qui nec vi, nec clam, nec precariò possidet: cujus vestigia sequitur judex, & judicat secundùm eum qui probavit se rectè possidere. De facto ergo, vel de quæstione facti, id est an possideat Sempronius necne, cognoscit judex datus. Prætor verò cùm interdicit, cùm profert interdicti verba, nihil de specie facti nominatim pronuntiat; id est non expressè Titium vel Sempronium possessorem

constituit: sed indicat potiùs, quàm judicat, possessionem penes eum esse debere, & ad eum pertinere, qui probaverit se rectè possidere tempore interdicti redditi: ceterum, factum ipsum judici quærendum, examinandum, & judicandum relinquit.

Et hæc est perspicua Theophili mens, quam D. Cujac. assecutus non videtur, cùm in *Paratit. C. hoc tit.* scribit Prætorem interdicentem de possessione instruere, sive ῥυθμίζειν, id est informare, (quo verbo Theoph. vtitur) judicem datum de proprietate, quo eam causam, proprietatis scilicet, ordine exequi, & peragere debeat, jam quæstione possessionis omnino ab ipso profligatâ. Imò, vt nominatim Theoph. ait, interdicti verba à Prætore prolata controversiam possessionis non dirimunt, sed ad eam dirimendam Prætor dat χαμαιδικαστὴν, id est judicem pedaneum. Iam enim dixit idem Theoph. si de possessione fortè controversia sit, adeundum esse Prætorem, totam rem & quæstionem Prætori esse exponendam: quâ expositâ pronuntiare Prætorem solemnia quædam verba, quibus, inquit, litem, id est controversiam possessionis, propter quam scilicet Prætor aditus est, omnino non dirimit; sed ad judicem datum remittit. Nec cùm verba interdicti pronuntiat, quidquam cogitat de proprietate, cujus separata causa est, & nihil commune habet cum possessione, vulg. *l. 12. §. vlt. ff. de acquir. possessione.*

Et ne circumscribamur, sciendum est aliquando controversiam esse non solùm de possessione, sed etiam de proprietate, vt in *l. 3. C. hoc tit.* quo casu decisâ possessionis quæstione, ordo fieri dicitur ad dominii & proprietatis disceptationem: ordinarii enim juris est, vt priùs de possessione, quàm de proprietate cognoscatur, *l. ordinarii, C. de rei vindicat.* Imò idem judex qui de possessione cognoscit, de proprietate quoque cognoscere debet, *l. nulli, C. de judiciis*, quæ nominatim ait cognitionem non esse separandam. Hoc ergo casu rectè dicimus causam possessionis quæ præcedit, esse ordinationem & præparationem sequentis causæ, nempe de proprietate: tunc enim intelligitur, vt est in *d. l. 3. C. hoc tit.* à quo datus judex probationes in causa proprietatis exigere debeat, id est quis petitoris partes sustineat. Et hoc sensu in *l. 1. §. vlt. de aqua cottidiana & æstiva*, possessionis causâ dicitur præparare, & ordinare causam proprietatis; quemadmodum dicimus petendam esse bonorum possessionem ordinandæ litis causâ, si is qui suus heres non est, agat querelâ inofficiosi testamenti. Sed de hac ordinatione vtriusque causæ Theophilus non loquitur; ait enim verba Prætoris instruere judicem, non quo ordine de controversia possessionis & proprietatis cognoscere debet; sed quomodo judicare debeat in causa possessionis, de qua simpliciter controversiam esse proposuit.

Et, vt dicam explicatiùs, aliud est præscribere judici cognitionis ordinem, vt priùs de vna, quàm de altera causa cognoscat; quod Prætor præstat cùm priùs interdicit de possessione, id est interdictum reddit, & ex interdicto judicem dat; & deinde dat actionem de proprietate, cui eumdem judicem esse addicendum ait *d. l. nulli*: qua de re, vt dixi, nil in mentem venit hoc loco Theophilo. Aliud verò verbis interdicti de possessione prolatis instruere judicem, quomodo separatim, & custoditè de hac controversia possessionis judicare debeat. Quis enim non videt longè diversam esse quæstionem possessionis & interdicti, à quæstione proprietatis & rei vindicationis? in hac de jure, in illa de facto quæritur, *l. 2. §. vlt. ff. si servitus vindicet.* ideòque Aggen. Vrbicus in *lib. de limitib. agrorum.* magnam esse aleam, ait, litem ad interdictum deducere, cujus est executio perplexissima. Ratio hæc est, quia vt ait *l. 3. ff. de interrogat. in jure fac.* difficilis est probatio facti; in causa proprietatis

debet is qui jurisdictioni præest, judici dato de jure consulenti consilium impertiri, *l. eum quem*, §. *vlt. ff. de judiciis*: in quæstione possessionis, quæ tota facti est, non potest judex datus Prætorem consulere; Prætor enim jam consilium dedit decreto reddito, & judicem informavit & instruxit: nil enim aliud est interdictum, ait Theoph. quàm instructio & informatio, vel, vt loquitur, ῥυθμὸς futuri de possessione judicii.

Nec quod D. Cujac. ait *d. loco*, Prætorem reddito interdicto judicem non dare qui de possessione cognoscat, de qua jam ipse interdicendo judicavit, constare potest; quod ita breviter ostendo. Si Prætor cùm interdictum reddit, id est verba illa solemnia, de quibus suprà, Prætor pronuntiat, controversiam omnem possessionis hoc interdicto discingit; nil ampliùs examinandum æstimandum & judicandum in causa possessionis relinquitur, & de proprietate tantùm, vt ille ait, quærendum est: atqui interdicto à Prætore reddito agitur ex ipso interdicto, & intra annum quidem, si fortè interdictum annuum sit, vt apud Paulum *lib. 4. Sent. tit. 7. de lege Cornelia: Edicto*, inquit, *perpetuo cavetur, vt si tabulæ testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi posit.* Quibus verbis plusquam manifestum est hoc significari, reddi interdictum, & ex eodem agi intra annum: quò enim reddi, nisi vt agatur, id est quæratur an tabulæ suppressæ sint, quod adversarius negat; vt victus cogatur exhibere? quod idem vir præstantiss. adversus Iohannem Robertum Antecessorem Aurelianensem *lib. 16. cap. 28. Obs.* docuit. Ergo Prætor interdicendo, de omni possessionis controversia non judicat; sed restat ipsa quæstio facti, restat litis æstimatio, restat condemnatio: litem enim à judice esse æstimandam ait *l. 1. §. non solum, ff. de vi & de vi armata*, & *l. 3. §. in hoc interdicto, ff. de itinere actúque priv. In hoc interdicto*, inquit, *examinatur quanti actoris intersit.* quibus adde *l. 3. §. vlt. ff. vti posideti*s, quæ nominatim ait, condemnationis summam referri ad rei ipsius æstimationem, id est, vt rectè Accursius, æstimari quanti actoris intersit possessionem ab adversario non esse turbatam: quæ omnino dicere non possumus præstare Prætorem interdicendo, nec vllo, quod sciam, loco proditum est, controversiam omnem possessionis causâ cognitâ ab eo qui jurisdictioni præest esse judicandam & examinandam, vt fieri solet in causis, quæ Prætoriæ cognitionis esse dicuntur. Imò prætoria cognitio nominatim opponitur interdicto, & cognitioni quæ ex interdicto pendet in *l. 3. §. hoc autem, vers. ceterum, ff. de lib. exhib. Cessat*, inquit, *interdictum, & succedere potest notio Pretoris, vt apud eum disceptetur, vtrum quis in potestate sit, an non sit*: cùm scilicet pater adversus filium ipsum agit, vt in *l. 1. §. 1. ff. de rei vindic.* At cùm adversus alium qui filium detinet, tunc agitur ex interdicto; & non apud Prætorem, vt fit in cognitione Prætoria, sed apud judicem ex interdicto sumptum disceptatur an filius sit in potestate patris, ex interdicti verbis propositis in principio *d. l. 3.*

Et quid moramur & cavillamur? ex interdicto dari, & sumi judicem, disertis verbis scriptum est in *l. si opus, ff. quod vi aut clam. Si opus*, inquit, *quod quis jussus est à judice, qui ex hoc interdicto sumptus esset, restituere*; vbi judex sumptus dicitur, judex à Prætore interdicto reddito ex causa interdicti datus, vel ex consensu partium; quod plerumque fit, vt in *l. proponebatur, ff. de judiciis, l. 25. §. de pluribus, ff. famil. ercisc.* de cujus judicis officio passim in hoc tractatu quæritur propriis titulis, & nominatim in *l. 15. §. hoc interdicto, ff. quod vi aut clam, Officio*, inquit, *judicis, ita oportere fieri restitutionem judicandum est.* & in *l. vlt. §. vlt. ff. de precario*, cujus sententia est in hanc rem elegans, Iurisconsultus ait interdictum de precario competere ad-

versus pupillum, qui precariò rogavit; & rectè adversus eum interdicere, vel, vt loquitur, dicere, vt in *l. cùm Prætor dicat, ff. de verb. sign.* interdicere, inquam, rectè, iis verbis interdicti de precario, *quod precariò habes restituas.* Et in hoc casu nil novi à Prætore interdicente esse constituendum, vti debere Prætorem solitâ formulâ; denique hoc esse officium Prætoris, *Quoniam*, inquit, *sive habeat rem pupillus, officio judicis tenetur; sive non habeat, non tenetur.* Quorum verborum non alia quàm hæc, meo quidem judicio, potest esse interpretatio; reddito interdicto, id est postquam Prætor dixit *quod precariò habes*, officium judicis qui ex interdicto sumitur in hoc versari, vt secundùm dictum Prætoris condemnet pupillum, si rem habeat: si verò non habeat, absolvat.

Quæ omnia, ni fallor, mirificè explicare videntur veterem ritum, ordinem, & exitum interdictorum; & valde confirmant Theophili sententiam, interdictum esse effatum, dictum, vel vt loquitur *d. l. vlt. §. vlt.* constitutionem, seu decretum Prætoris; ex quo intelligitur quo jure censeatur possessio, de qua deinde judex datus judicare debet. Quod de formulis actionum, quibus omnis tam de jure, quàm de facto disceptatio judicibus datis committitur, Prætore nihil nominatim pronuntiante, & inter partes decernente, jubente, vel prohibente dici non posse, nemo est qui ex superioribus facilè animadvertere non possit.

* QVAMVIS generali actionis nomine interdicta contineantur, *l. 37. actionis, ff. de obl. & act.* propriè tamen sumpto nomine interdicta ab actionibus separantur; vt ex *hoc tit.* constat, & ex diversitate rubricarum, tam in hoc libro, quàm in *ff. & codice.* Non est tamen admittenda differentia quæ vulgò traditur ab interpretibus, quòd actioni addiceretur judex, interdicto non item, sed de eo solus Prætor cognosceret: hanc enim falsam esse manifestò ostendit Theophilus, cùm docet Prætorem verba quædam pronuntiare quæ litem non dirimunt; sed eos inter quos de possessione, aut quasi possessione controversia est, remittunt ad pedaneum judicem, qui de controversia cognoscat. Quam sententiam apertè confirmat Pomponius in *l. 21. si opus, ff. quod vi aut clam*, dum asserit judicem ex illo interdicto sumptum restituere opus; vbi judex sumptus dicitur, judex à Prætore interdicto reddito ex causa interdicti datus, vel ex consensu partium, quod plerumque fit, vt in *l. proponebatur, ff. de judiciis, l. 25. heredes, §. de pluribus, ff. fam. ercisc.* de cujus judicis officio passim in hoc tractatu quæritur propriis titulis, & nominatim in *l. 15. §. hoc interdicto, ff. quod vi aut clam*, & *l. vlt. §. vlt. ff. de precario.*

Ex quibus constat non esse admittendum, quod docet D. Cujac. in *Paratit. Cod. de interdict.* Prætorem reddito interdicto non dare judicem qui de possessione cognoscat, de qua jam ipse interdicendo pronuntiavit; sed qui de proprietate judicet. Quam sententiam nititur confirmare Theophili auctoritate, qui contrà docet interdictum nihil aliud esse, quàm instructionem & informationem Prætoris, futuri de possessione judicii. Prætor ergo interdicendo possessionis controversiam non profligabat, sed restabat quæstio facti, id est possessionis, restabat litis æstimatio, & condemnatio. Litem enim à judice esse æstimandam docet, *l. 1. §. non solum, ff. de vi & vi armata*; & in *l. 3. §. vlt. ff. vti possidet.* dicitur nominatim condemnationis summam referri ad rei ipsius æstimationem, id est vt Accursius rectè ait, æstimari quanti intersit actoris possessionem ab adversario non esse turbatam. Quæ omnia dici non potest præstare Prætorem cùm interdictum reddit; nec vllo juris loco proditum est, controversiam omnem possessionis causâ cognitâ, ab eo qui jurisdictioni præest esse judicandam, & examinandam; vt fieri solet in causis, quæ Præto-

riæ cognitionis esse dicuntur. Imò Prætoria cognitio nominatim opponitur interdicto, & cognitioni quæ ex interdicto pendet, *l. 3. §. hoc autem, versic. ceterum, ff. de liber. exhib.* atque ita verum manet, quæstionem possessionis apud judicem ex interdicto redditum agitatam fuisse, quod tandem agnovit D. Cujac. in *Paratit. Pandectarum*, & *lib. 5. Obs. cap. 17.*

[1] SEU ACTIONIBUS QUÆ PRO HIS EXERCENTUR] Quæ diximus in nota præcedenti priùs fuere, nunc alio jure vtimur. Reddebatur olim interdictum à Prætore, & ex interdicto, vel ex interdicti causa commisso veluti interdicto, actio, quam ex verbis interdicti Prætor componebat: ideóque dicitur vtilis, & in factum, quia exemplum sumebatur ex interdicti verbis à Prætore pronuntiatis; nam & interdictum passim dicitur actio, & contrà Paulus *lib. 5. Sent. tit. de interdictis: Redditur interdicti actio, qua proponitur ex eo, vt quis quod precariò habet restituat*, id est ex verbis interdicti ita conceptis, *quod precariò habes*.

Huic actioni addictus judex de causa interdicti redditi cognoscebat, vt suprà docui. Eádémque fere formâ ex Prætoriis stipulationibus, quæ cautionales dicuntur, & dictante Prætore præstantur; vel ex stipulationum causis judex dabatur, qui commissâ stipulatione cognoscebat: vnde & actionum instar esse dicuntur, *l. actionis, ff. de oblig. & action.* & simpliciter actiones appellantur, *l. 3. §. si vicinus, l. 5. §. officium, ff. de aqua & aqua pluvia arc.* Has enim cùm Prætor pollicetur, nominatim dicitur actiones polliceri, *l. 13. §. de preteritis, ff. de vsufruct.* quæ est de cautione Prætoriâ notissimâ, quam fructuarius præstat proprietario; & ex qua teneri fructuarium de damnis præteritis ait Vlpianus, quamvis actione legis Aquiliæ, & quod vi aut clam teneatur ex sententia Iuliani. *Denique*, inquit Vlp. *consultus Julianus quod bonum fuit actionem polliceri Pratorem*, id est cautionem vel satisdationem, de qua in *d. l. 13. cùm competat legis Aquiliæ actio: respondit, quia sunt casus quibus cessat legis Aquiliæ actio, ideo judicem dari, vt ejus arbitratu vtatur.* Quod ita accipiendum est, vt quemadmodum Prætor cùm in hac specie stipulationem & satisdationem edicto promittit, videtur actionem & judicem promittere, cujus arbitratu vtatur fructuarius, & apud quem commissâ stipulatione experiri liceat, vt in *tit. ff. vsufructuar. quemadmod. cau.* Ita quoque Prætor cùm se interdicturum edicto promittit, si quid contra interdictum factum sit actionem promittere videatur; quam & aliquando nominatim & eodem tenore promittit, quod tum maximè facere videtur, cùm quod factum est omnino restituendum esse censet, vt in *l. 1. ff. ne vis fiat ei qui in possess. missus est*, & *l. 1. ff. de vi & vi armata.*

Quòd si fortè justa quædam causa sit reddendi interdicti, & verba solemnia interdicti deficiant: tum interdictum non reddebat, sed sine interdicto dabat actionem in factum, vt in *l. Prætor ait, §. planè si quæratur, versic. nonnulli, ff. de operis novi nunt.* cum similibus. Et observandum est, hujus actionis in factum vsum tandem prævaluisse, cùm omnia judicia tam civilia, quàm criminalia extraordinaria esse cœperunt: in his enim, vt Paulus ait in *l. actio, ff. de negotiis gest.* conceptio formularum non observatur, sed res omnis peragitur sine ordine, & ritu solemni. Itaque hodie interdicta non redduntur à Prætore solemnibus verbis, & ex interdictis redditis non dantur actiones; sed sine interdictis ad exemplum interdictorum dantur actiones in factum, *l. 1. 3. & vlt. C. hoc tit.* quo genere agendi in *§. vlt. hoc tit.* perinde dicitur agi sine interdictis, ac si vtilis actio ex causa interdicti reddita fuisset: id est agitur quasi actione redditâ ex causa interdicti redditi secundùm ritum & ordinem expositum. Actio in qua adhibebantur hæc solemnia reddendi interdicti, erat or-

dinaria; *Per interdictum enim*, ait Frontinus in *lib. de aquaduct. de possessione jure ordinario litigabatur:* actio quâ hodie vtimur est extraordinaria; quia agimus sine interdicto, quasi actione redditâ ex interdicto.

[2] QVOD TVNC MAXIME FACIEBAT] Interdicta plerumque sunt de possessione rei corporalis, fundi puta, vel ædium, hominis: vel de quasi possessione rei incorporalis, id est juris, servitutis, vel vsusfructus. Sunt tamen interdicta quædam, quæ proprietatis aut quasi proprietatis causam habent, vel vt loquitur *l. 2. §. quædam, ff. hoc tit.* continent rei persecutionem: & perinde agitur his interdictis de proprietate, ac rei vindicatione. Et quemadmodum rei vindicatione proprietatem principaliter vindicantes, per consequentias possessionem revocamus, quæ domino vtique restituenda est: ita quoque in his interdictis proprietatem principaliter, possessionem tacitè vindicamus; nam rei vindicatione restituendam esse possessionem nominatim ait *l. 1. §. est igitur, versic. restituendæ, ff. uti possidetis*, vbi actio, est rei vindicatio; vt in *l. vlt. C. de act. empti, actione permissâ, vel promissâ*, id est rei vindicatione: eleganti sensu, de fundo expulsum, revocandæ possessionis causâ posse vel interdicto experiri, aut rei vindicatione: vti apud M. Tull. *lib. 1. de Orator. Qui aut interdicto tecum contenderent, aut ex jure manu consertum vocarent, quòd in alienas possessiones irruisses*; id est vel interdicto agerent, vel rei vindicatione, in qua olim manum conserere solebant, vt est notissimum.

In his igitur interdictis quæ proprietatis causam habere dicuntur, principaliter agitur de proprietate, aut quasi proprietate; non eâdem formulâ quâ rem nostram vindicamus ex jure Quiritium, sed diversâ, & tamen ejusdem effectus, jus mihi esse reficiendi, jus mortuum inferendi, jus aquam ex castello ducendi. Et hoc est quod ait *d. l. 2. §. quædam*, hæc interdicta proprietatis, non possessionis causam habere; hoc est, his interdictis non agi de possessione, vt fit in ceteris interdictis, quibus de sola possessione tractatur, cùm quæritur penes quem debeat esse possessio: quam quæstionem plerumque sequitur proprietatis quæstio, cujus definitio aliquando ostendit possessionem, quam quis ex interdicto habuit, esse temporariam, vt loquitur *l. 1. §. vlt. ff. de aqua quotid. & æstiva.* si is forrè qui in possessorio victus est, vincat in petitorio, vt interpretes loquuntur.

Nec obstat *l. 3. §. hoc autem, & §. seq. ff. de itinere actúque privato*, quæ nominatim ait in hoc interdicto de itinere reficiendo, quod proprietatis causam habere ait *d. l. 2. §. quædam*, non solùm probandam esse proprietatem, sed etiam possessionem. Hoc enim fit propter verba Prætoris proposita in *d. l. 3. §. ait Prætor*, ex quibus Iurisconsultus colligit, vtramque probationem hoc casu esse necessariam: & observa quod ait, *qui hoc interdicto*; nam in ceteris interdictis sufficit vnam rem docere, proprietatem, aut possessionem; in hoc Prætor ratione propriâ vtrumque desiderat. Nec verum est quod Accursius tentat, hoc verum esse si à primo incipit, id est si priùs intendit se itinere, actuve sine vitio vsum; secùs si ab altero, id est si priùs agat sibi jus esse reficiendi. Hanc enim interpretationem omnino excludunt hæc verba, *si desiit alterutrum, cessat interdictum.* Et ineptum est quod ait, alterutrum hoc loco accipi pro altero, vt in *l. si ex toto, §. 1. ff. de leg. 1.* vbi quod Iurisconsultus ait, liberum erit ab alterutro petere, ita quoque accipiendum est, ab hoc, vel illo, id est etiam ab eo qui partem solvit.

Dicamus igitur hoc speciale esse in hoc interdicto. Et ratio differentiæ verissima hæc est: de itinere actúque privato Prætor duo edicta proposuit; primum vt eum tueatur in quasi possessione itineris actúsve, qui hoc anno non vi, non clam, non precario

precario vsus est *l.* 1. *ff. eodem tit.* alterum per consequentias primi, *d. l.* 3. §. *ait Prætor*, vt is qui itinere vtitur, reficere iter possit: neque enim aliàs vti potest itinere vel actu, quàm si refecerit, ait *d. l.* 3. §. *vtilitas*, vbi observa quod ait, *Consequens erat eum qui itinere vtitur interdictum proponere, vt reficere possit.* Ergo interdictum propositum est in gratiam ejus qui vtitur, & hoc ipsum ideo probare tenetur.

Ceterum cùm hoc interdicto de reficiendo itinere is qui vtitur agit, rem ipsam consequitur, id est servitutem, perinde ac si confessoriâ actione in rem ageret, & nil ampliùs quærendum relinquitur: hoc enim commune habent omnia interdicta, quæ proprietatis causam continere dicuntur, vt cùm his agitur, totum finiatur, vt loquitur *d. l.* 1. §. *vlt. ff. de aqua quotid. & æst.* Interdictum autem de itinere reficiendo hoc habet singulare, vt qui hoc interdicto agit, possessionem & vsum probare teneatur. Sed non ideo cum D. Cujacio in *Paratit. Cod. hoc tit.* generaliter & indistinctè admittere possum, omnia interdicta quæ proprietatis causam habent, causam quoque & quæstionem possessionis habere; nulla esse interdicta de proprietate tantùm, sed esse de possessione, & proprietate simul. Si hoc verum esset, teneretur is qui agit interdicto quod proprietatis causam habet, semper probare possessionem, quod meritò negant veteres interpretes; nec vllo, quod sciam, loco proditum est, hoc vnico excepto quo D. Cujac. vtitur. Sed hoc ratione propria in hoc interdicto obtinuisse plusquam manifestum est; quia per consequentias vsus & possessionis datur ei qui vtitur, vt commodè vtarur.

*2 QVOD TVNC MAXIME FACIEBAT] Hoc verbum, *maximè*, Theophilus, Accursius, & Cujacius adjectum asserunt; quia licèt interdicta sint vtplurimùm de possessione, aut quasi possessione, sunt tamen quædam quæ proprietatis, aut quasi proprietatis quæstionem continent, in quibus principaliter de proprietate quæstio versatur, non de possessione nisi per consequentias, sicut in actione in rem: vt interdictum de aquâ castellariâ, id est ducendâ aquâ ex castello, hoc est dividiculo aquarum publico, permissu Principis; quo reddito finitur totum, id est tota quæstio adsignationis, *l.* 1. §. *vlt. ff. de aqua quotid. & æst.* interdictum de locis sacris & religiosis, *l.* 2. §. 2. *versic. sed & illa, ff. de interdict.* interdictum de mortuo inferendo, *l.* 43. *sunt personæ, ff. de relig. & sumpt. funer.* & *d. l.* 2. §. *quædam, ff. de interdict.* Denique interdictum de liberis ducendis, quasi proprietatis causam continet, velut jus patriæ potestatis, *l.* 1. §. 1. *ff. de rei vindic.* Vnum tantùm est, in quo speciali quodam jure de vtroque principaliter agitur, id est tam de proprietate, quàm de possessione, nimirum de itinere actúque privato reficiendo, *l.* 3. §. *hoc autem, ff. de itinere actuque priv.* Sed dici etiam potest hoc verbum, *maximè*, additum, vt interdicta separentur à ceteris omnibus quæstionibus, in quibus Prætor vetare, aut jubere solebat; imò & quod jusserat contrario imperio tollere, *l. quod jussit, ff. de re judic.*

§. I. Summa autem divisio interdictorum hæc est, quòd aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti[3], vel mortuum inferenti, quò ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet ex ea

Ex Vlp. l. 1. §. *interdictorum, de interdict.*

QQq

hereditate: aut quum jubet ei qui vi possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur [4]: aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putant propriè interdicta ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denunciare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

[3] VELVTI VIM SINE VITIO POSSIDENTI] Interdicto ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, non vetat Prætor vim fieri possidenti: sed ei qui in possessionem missus est, qui nec possidere, nec quasi possidere dicitur. Malè igitur Accurs. censet de hoc interdicto hæc verba esse accipienda; nec felicior est Theoph. qui nescio quod interdictum comminiscitur promissum à Prætore ei, adversus quem quis minas jactavit, quasi ingressurus possessionem. Verissimum est quod D. Cujac. observat, hæc verba pertinere ad interdicta vti possidetis, & vtrubi; quibus Prætor vim fieri vetat nec vi, nec clam, nec precariò ab adversario possidenti; & quasi possidenti, in interdicto de itinere actúve privato, *l. 1. ff. eod. tit.* hæc enim sunt notissima possessionum vitia; Tertullianus *adversus Hermogenem, de alieno vsus, aut precario vsus est, quà egens ejus, aut injuriâ, quà prævalens ejus; his enim tribus modis aliena sumuntur, jure, beneficio, impetu*; id est dominio, precariò, vi, dominio non suppetente.

*[3] VELVTI VIM SINE VITIO POSSIDENTI] Vt interdicto vti possidetis, in quo vincebat is, qui tempore redditi interdicti possidebat sine vitio, id est nec vi, nec clàm, nec precariò, quæ sunt tria notissima possessionum vitia. Sed cum Iurisconsulto in *l. 1. §. vlt.* & in *l. 2. ff. vti possidet*, addere debemus, *alter ab altero*; quia non indistinctè omnem vitiosam possessionem Prætor condemnat, sed eam quam quis habet ab adversario suo, §. 4. *versic. sed interdicto, infrà, hoc tit.*

[4] EVM CVIVS DE LIBERTATE AGITVR] Facessat hoc quoque loco interpretatio Theophili, quia pugnat cum *l. 3. §. planè, ff. de libero homine exhibendo.* Agitur enim hoc interdicto de libertate tuenda liberi hominis, id est ejus cui nemo facit status controversiam; nam si, vt fingit Theophilus, servus esse dicatur, non potest procedere hoc interdictum.

*[4] EVM CVIVS DE LIBERTATE AGITVR] Si vera est Theophili interpretatio, pugnat è diametro cum *hoc §. l. 3. §. planè, ff. de libero hom. exhib.* quò loci Vlpianus docet non esse locum interdicto, sed agendam libertatis causam, cùm dubitatur vtrum liber an servus quis sit. Sed vt rectè monet Cujacius *hoc loco*, in verbo *de libertate*, & *lib. 19. Obs. cap. 17.* hîc agitur de libertate tuenda ejus quem constat esse liberum, cui nullus facit status controversiam, ne invitus retineatur; quo casu interdicto opus est, *d. §. planè*, atque ita rejicienda est omnino Theophili interpretatio.

§. II. Sequens divisio interdictorum hæc est: quòd quædam adipiscendæ possessionis causâ comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. *Ex Paulo l. 2. §. hac autem, eod.*

§. III. Adipiscendæ possessionis causâ interdictum accommodatur bonorum possessori [5], quod appellatur, Quorum bonorum: ejúsque vis & potestas hæc est, vt quod ex iis bonis *Ex d. l. 2. §. hac autem, de interdict.*

quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam[6], vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantùm vtile est[7], qui nunc primùm conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causâ comparatum est; eóque vtitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras[8] pepigisset.

*5 ACCOMMODATVR BONORVM POSSESSORI] Hoc interdicto suos tantùm successores, id est bonorum possessores, Prætor tuetur, & non heredes; vt constat ex interdicti verbis quæ extant in *l. 1. ff. quorum bonor.* quam tamen sententiam infirmare videtur, quod est in *l. 1. Cod. eod.* hoc interdicto possessorem constitui eum, qui se defuncti filium, & ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaverit: ex quibus verbis dici potest accommodari etiam heredibus hoc interdictum. Sed vt rectè monet Cujacius, in *Paratit. Codicis*, hæc duo, *ad hereditatem, vel bonorum possessionem*, pro eodem sumuntur, vt in *l. 3. §. hereditatis, ff. de bonor. possess.* cùm non sit novum in jure, hereditatis appellatione bonorum quoque possessionem contineri, & intelligi, *l. 138. ff. de verb. sign.* Hoc autem interdictum, sicut & petitio hereditatis, quam ordinat & præparat, datur in eum tantùm qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, licèt minimam.

*6 REM HEREDITARIAM] Custoditè rei, & non juris mentionem facit Iustin. quoniam licèt petitio hereditatis detur adversus juris possessores, *l. 9. regulariter, ff. de petit. heredit.* interdictum datur tantùm in possessores corporum, *l. vlt. ff. quorum bonor.* Cujus differentiæ ratio, quia petitio hereditatis jus omne persequitur, quod defunctus habuit tempore mortis: interdictum autem corporalem rerum possessionem: interdictum possessionis causam continet; petitio hereditatis causam juris.

*7 EI TANTVM VTILE EST] Videtur secum pugnare Iustinianus, cùm ait hoc interdictum ei tantùm esse vtile, qui nunc primùm conatur adipisci possessionem; cùm jam in principio §. dixerit, illis tantùm accommodari à Prætore, qui bonorum possessionem acceperunt cum re, id est cum effectu, quod indicant hæc verba *l. 1. Cod. quorum bonorum: Si te defuncti filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum probaveris*; & in *l. 2. C. eod. si integrum negotium est*, id est post agnitam bonorum possessionem nemo hereditatem jure civili evicerit; & in principio *d. l. 1. Cod. eod. hereditatem petiturus*, id est de adipiscenda possessione rerum hereditariarum acturus, *judicibus allega de fide intentionis*, id est proba te esse filium, proba te bonorum possessionem agnovisse: si jam agnovit bonorum possessionem, frustra conatur eam adipisci. Sed dicendum duplicem esse possessionem, juris, & facti: prima datur ex edicto de bonorum possessionibus, *l. 3. §. hereditatis, ff. de bonor. possess.* altera ex interdicto quorum bonorum, ei qui juris possessionem jam adeptus est, ex edicto *d. l. 1. ff. quorum bonor.*

*8 PIGNORI FVTVRAS] Nominatim scilicet, & expressè, quod volun-

tatis & scientiæ nomen significat, in *l.* 5. *certi juris, Cod. de locato & conducto*, vt docet Cujac. ad *l.* 4. *ff. de pactis*: quâ etiam de causâ, Servianam actionem competere docuit suprà Iustin. in *§. item Serviana, de actionib.* Et vt ad exemplum Servianæ, quasi Servianam de rebus quorumcumque debitorum inductam vidimus: ita etiam interdictum quasi Salvianum adversus debitores, qui res suas ex quacumque causâ obligarint, *l.* 1. *C. de precario & Salviano interd.* quæ videtur pugnare cum *l.* 1. *ff. de Salviano interdicto*, quoniam in ea Iulianus, adversus emptorem pignoris vtile interdictum reddi oportere asserit; Imperator autem Gordianus in *d. l.* 1. cessante interdicto adversus emptorem pignoris, exercendam esse ait Servianam actionem; vel quæ ad exemplum ejus constituitur, vtilem, id est minùs solemnem, & quæ datur deficiente directâ, *l.* 5. *C. si res aliena pignori data sit.* Sed dicendum videtur diversas esse species illarum legum; Iulianus enim de colono loquitur, adversus quem datur directum interdictum, & adversus illum qui ab eo emit, vtile: at Gordianus non de colono agit, sed de alio quocumque debitore, qui vtili interdicto tenetur quamdiu possidet; sed si alienaverit, cùm ad illius similitudinem aliud non sit jure introductum, sequitur decurrendum ad actionem Servianam, quæ cùm in rem sit, sequitur possessorem. vide Cujac. *lib.* 5. *Obs. cap.* 24. & ad *lib.* 5. *Pauli Sent. tit.* 6. *de interdict.* §. *vlt.*

§. IV. Retinendæ possessionis causâ comparata sunt interdicta Vti possidetis, & Vtrubi: quum ab vtraque parte de proprietate alicujus rei [9] controversia sit: & antè quæritur, vter ex litigatoribus possidere, & vter petere debeat. Namque nisi antè exploratum fuerit, vtrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, vt alius possideat, alius à possidente petat. Et quia longè commodius est possidere potiùs quàm petere: ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quòd etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modò actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio. propter quam causam quum obscura sunt vtriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem Vti possidetis, de fundi vel ædium possessione contenditur. Vtrubi verò interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam Vti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modò nec vi, nec clàm, nec precariò nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clàm abripuerat alienam possessionem, aut precariò rogaverat aliquem, vt sibi possidere liceret. Vtrubi verò interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni, nec vi, nec clàm, nec precariò ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam vtriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, vt ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem, nec vi, nec clàm, nec precariò ab adversario litis contestatæ tempore detinet.

* 9 DE PROPRIETATE ALICVIUS REI] Interdictum vti possidetis esse

præparatorium actionis in rem, his verbis indicat Iustin. vt & regulariter omnia fere interdicta sunt præparatoria vindicationis; quia vtplurimùm de possessione dantur, vt appareat cui adjudicanda interim possessio sit, quamdiu proprietatis quæstio pendet. Iudicium enim in rem procedere non potest, nisi sit qui possideat, & qui à possidente petat; illud enim numquam vltro possessori datur, vt diximus suprà in §. *æquè tit. de action.* & quia maximum est possessionis commodum, is qui destinavit rem petere; an aliquo interdicto nancisci possit possessionem, vt meliorem conditionem suam faciat, debet animadvertere, *l. 24. is qui destinavit, ff. de rei vindic.* Possessio autem ad tempus apud eum constituitur; nam si victus fuerit in causa proprietatis, illam victori restituere cogitur. Differt ergo interdictum vti possidetis à rei vindicatione; quia rei vindicatio est de dominio, interdictum de possessione. Et qui agit vindicatione, videtur fateri adversarium esse possessorem: qui verò interdicto experitur, possessionem suam tuetur. Vnde vulgò docent, & indubitati juris esse existimant interpretes, eum qui egit vindicatione, non posse recurrere ad interdictum Vti possidetis, cùm interdictum retinendæ possessionis non detur, nisi ei qui possidet. Ei autem quem possidere constat vindicatio non datur; quia finis illius est vt possessio restituatur, *l. 9. officium, ff. de rei vindic.* quod non potest desiderare qui possidet. Quæ tamen sententia explodenda est; quoniam Vlpianus manifestè reclamat in *l. 12. §. 1. ff. de acquir. possess.* cùm asserit non denegari ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit, cùm nil commune habeat proprietas cum possessione. Igitur etsi egero vindicatione quasi non possiderem, quia non eram certus de possessione mea; cur non meo jure meliùs cognito, licebit mihi rantisper dilato illo judicio, mutatâ formâ & actione, vti possidetis experiri, vt docet Cujac. *lib. 7. Obs. cap. 38.* & in recitationibus ad *d. l. 12. §. nil commune, ff. de acquir. possess.*

§. V. Possidere autem videtur [10] quisque, non solùm si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licèt is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque retineri possessionem placet, id est, vt quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci verò possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec vlla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo potest. *Ex l. generaliter, de acquir. poss.*

*[10] POSSIDERE AUTEM VIDETUR] Possessionem retinere generaliter possumus per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione, veluti procuratorem, hospitem, amicum, colonum, *l. 9. generaliter, ff. de acquir. poss.* alieno enim corpore, & animo nostro rem possidemus. Imò animo nostro sine cujusquam ministerio possessionem retinemus, vt & animo solo eam amittimus, *l. 3. §. in amittenda, ff. eod.* sed animo solo non acquirimus, *l. 4. C. de acquir. & retin. possessione.* Nec obstat

l. 8. *quemadmodum, ff. de acquir. possess.* quia, vt rectè notat Cujac. intelligenda in ea est particula *fere*, ex eodem Paulo in *l. fere* 153. *ff. de reg. jur.* quam interpretationem confirmat vtriusque legis inscriptio, vtraque enim est ex libro 65. Pauli *ad edictum.*

§. VI. Recuperandæ possessionis [11] causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum Vnde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licèt is ab eo, qui dejecit, vi, clàm, vel precariò possidebat. Sed ex constitutionibus sacris, vt suprà diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Iuliâ de vi privata, aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. Armorum autem appellatione non solùm scuta, & gladios, & galeas significari intellegimus, sed & fustes & lapides. *Ex l. armorum, de verb. sign.*

* [11] RECVPERANDÆ POSSESSIONIS] Interdictum restitutorium dupliciter dicitur, vel quòd restituat opus, vel aliud quodcumque factum est, vt constat ex titulis, *quod vi aut clam, ne quid in sacro loco fiat*, & aliis pluribus, in quibus de operis restitutione agitur: vel quòd restituat possessionem, qualia sunt duo interdicta de vi, de quibus agitur in *tit. de vi, & de vi armata.* Primum est de vi quotidiana, quæ sine armis fit: alterum de vi armata, quæ coactis, & armatis ad hoc hominibus. Inter quæ interdicta plures affert differentias D. Cujacius in *Parat. ff. & Cod.* quæ maximè observanda sunt. Non est omittendum de vi dupliciter quæri posse, civiliter, & criminaliter: civiliter per interdictum vnde vi: criminaliter legibus Iuliis, *l.* 1. §. 2. *ff. de vi, & de vi armat. l.* 4. *si de possessione, Cod. vnde vi, l. vnica, Cod. quando civilis actio criminali prejud.* Cùm de vi civiliter agitur, de restituenda possessione quæritur; cùm criminaliter, non agitur de possessione, cùm nil commune habeat possessorium judicium cum criminali, *l. si quis, Cod. ad l. Iuliam de vi publica & priv.* sed de ipsius criminis vindictâ, vide Cujac. *lib.* 5. *Obs. cap.* 15.

§. VII. Tertia divisio interdictorum [12] hæc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia [13]. Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Namque actor est qui desiderat aut exhiberi, aut restitui. reus est is à quo desideratur, vt restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti quum prohibet Prætor in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus aliquid fieri. Nam actor est qui desiderat, ne quid fiat; reus est qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti Vti possideris interdictum, & Vtrubi. ideo autem duplicia vocantur, quia par vtriusque li- *Ex l. 2. hoc tit.*

tigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipuè reus vel actor intelligitur: sed vnusquisque tam rei quàm actoris partes sustinet.

*[12] TERTIA DIVISIO INTERDICTORVM] Interdicta dicuntur simplicia eâdem omnino ratione, quâ quædam judicia simplicia, in quibus vnus actor, alter reus; qualia sunt omnia restitutoria, & exhibitoria, & quædam prohibitoria, vt docet hîc Iustin. & Paulus in *l. 2. ff. hoc tit.* Duplicia autem eodem etiam modo, quo actiones quædam duplices nuncupantur, quia par est conditio vtriusque partis; nam vterque est actor, vterque reus: & talia sunt interdicta *vti possidetis*, & *Vtrubi*. Prohibitoria, & retinendæ possessionis causâ comparata, in quibus, vt ait eleganter Theophilus, Prætor mediâ quâdam enuntiatione vtitur, sermonem dirigens ad vtramque partem conjunctim, non ad alteram tantùm partem: in quibus eadem est omnino vtriusque intentio. Quæ cùm sint extra omnem dubitationem, meritò Cujacius verba *legis 2. §. vlt. hoc tit.* suspecta mendi habet.

[13] SIMPLICIA SVNT, AVT DVPLICIA] Hæc tertia divisio proponitur à Paulo in principio *l. 2. ff. hoc tit.* Simplicia ait esse Iustin. in quibus vnus actor, alter reus est; qualia generaliter esse ait omnia restitutoria, quæ sunt tam adipiscendæ, quàm recuperandæ possessionis; itémque exhibitoria. Duplicia verò esse interdicta, retinendæ possessionis, vti possidetis, & vtrubi; quia eadem est vtriusque intentio, & Prætor interdicendo, vt eleganter Theoph. ait *μέσῃ ἐκέχρητο ὁμιλίᾳ*, mediâ quâdam enuntiatione vtitur, *vti possidetis*, non vti possides; & in interdicto vtrubi, *vtrubi vestrum* &c. ne ad vnum sermonem suum dirigere videatur. In ceteris interdictis, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, actor, reus verò est is, à quo desideratur vt exhibeat, vel restituat. Nec vllum dari potest interdictum vel adipiscendæ, vel recuperandæ possessionis, in quo liquidò non distinguatur intentio ejus, qui adipisci vult possessionem quam numquam habuit, aut recuperare quam habuit, quocumque jure nitatur, ab intentione ejus qui possidet. In his verò interdictis quæ ad retinendam possessionem pertinent, eadem omnino est vtriusque intentio: & hoc est quod vetus auctor Franciscus Summæ Ruralis ait, *En complainte chacun est entendu demandeur, car chacun allegue de sa part la possession de la chose contentieuse luy devoir estre adjugée avecque la recreance.*

Quæ cùm certissima sint, meritò suspecta sunt præstantiss. Cujacio posteriora verba *d. l. 2. §. vlt. Sunt interdicta, vt diximus, duplicia tam reciperandæ, quàm apiscendæ possessionis.* Et primùm tentat verba illa *tam reciperandæ, quàm apiscendæ possessionis*, tamquam fugitiva retrahenda esse, & rejicienda in *l. 3.* quæ sequitur, vt scilicet ita legamus, *In interdictis tam reciperandæ, quàm apiscendæ possessionis exinde ratio habetur fructuum ex quo edita sunt, non retro.* Sed cùm animadvertisset illam definitionem non habere locum in interdictis recuperandæ possessionis de vi, & vi armatâ, tandem concludit illa, tamquam spuria, & supposititia esse delenda, *lib. 4. Obs. cap. 11.* quia inepta est Accursii interpretatio, nec propriè, ad *leg. 3.* pertinere possunt. Sunt qui putant dari posse interdicta quædam recuperandæ, & adipiscendæ possessionis, quæ duplicia sunt; non ideo duplicia, vt Accursius voluit, quia sunt tam recuperandæ, quàm adipiscendæ simul possessionis, quod ridiculum est; sed quia sunt quædam recuperandæ possessionis, in quibus vtriusque eadem est conditio; & sunt quædam adipiscendæ possessionis, quæ eâdem ratione certis casibus duplicia dici possunt: & hanc esse veram Pauli mentem. Quod procedere non posse vnicuique facile erit animadvertere, si diligenter excutiat omnia interdicta restitutoria; in quibus

fieri non potest quin is qui restitui desiderat actor appareat, is à quo desideratur reus. Ideóque non dubito hunc locum cubare in mendo, quod verissimum esse Cujac. animadvertit, & deesse hanc vocem, *simplicia*; sicque hanc clausulam esse restituendam: *sunt interdicta, vt diximus, duplicia*; interdicta scilicet vti possidetis, quæ sunt retinendæ possessionis: *simplicia tam reciperandæ quàm apiscendæ possessionis*; vtpote omnia restitutoria. Dixit enim in principio *d. l.* 2. interdicta quædam esse duplicia, quædam simplicia: in fine verò propositâ alterâ divisione interdictorum, quædam esse adipiscendæ, quædam recuperandæ, quædam retinendæ; docet interdicta retinendæ, de quibus vltimo loco exempla proposuit, esse duplicia: simplicia verò, tam recuperandæ, quàm adipiscendæ, quæ sunt omnia restitutoria: nominatimque in principio *d. l.* 2. omnia restitutoria dixit esse simplicia. Ineptus Librarius hanc vocem omisit, fortè existimans duplicia quædam dici posse; quia non solùm sunt recuperandæ, sed etiam adipiscendæ possessionis.

§. VIII. De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si vtilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

De pœna temerè litigantium.

CAPVT XVI.

NVNC admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent, quod & nobis studio est. Idque eo maximè fieri potest, quòd temeritas tam agentium, quàm eorum cum quibus ageretur, modò pecuniariâ pœnâ, modò jurisjurandi religione, modò infamiæ metu coërcetur.

COERCET hic titulus temeritatem, audaciam, & improbitatem temerè litigantium, quæ vrbanatum esse maledicta litium M. Tull. ait *Philippica* 14. hunc autem ad civiles, & pecuniarias causas pertinere plusquam manifestum est. Plectitur quidem calumnia, non solùm in pecuniariis causis, sed etiam in publicis criminibus, actione in factum, quæ datur adversus eum qui vt negotium faceret, vel non faceret pecuniam accepit, *l.* 1. §. 1. *ff. de calumniatoribus*. Et in publicis criminibus tenetur quoque calumniator solemnibus pœnis propositis in *tit. de calumniatorib. lib.* 9. *C.* sed ab iis titulis longè distat hic titulus, qui propriè pertinet ad actorem, qui malè & temerè civilem actionem intendit; & ad reum qui ineptè inficiatur. Et verissimè Martinus olim contra Iohannem, Bulgarum, Hugolinum, & Azonem, in pecuniaria tantùm, non in criminali causa jurari de calumnia asseveravit. Et malè Accursius in *l. cum quidam, C. de fide instrument.* sententiam Iohannis defendere conatur: vult enim *d. l.* eum qui petit instrumentum exhiberi, quod postea falsi arguere vult, hoc calumniæ juramentum præstare. In judicio ergo civili ad exhibendum, non in judicio criminali, in quo sufficit accusatoris subscriptio, *l. vlt. ff. de furtis*. Et quod Iustin. ait in *l.* 2. *C. de jurejurando propter calumniam dando*, in omnibus

bus litibus, in omnibus causis; accipiendum esse de pecuniariis, & civilibus causis liquidò constabit ex sequente nota.

* IVSTINIANVS in hoc titulo enumerat, ex quibus temeritas, audacia, & litigantium improbitas coërcetur, cùm civiles & pecuniariæ actiones temerè proponuntur. nam ad publica judicia hic titulus non pertinet, sed ad eos qui litibus alios malitiosè vexant, & qui pecuniam accipiunt vt negotium faciant, aut non faciant, de quibus agitur in *tit. ff. de calumniat.* adversus quos prodita est actio in quadruplum, quæ modò mixta, modò pœnalis est, vt constat ex *l. 3. §. vlt. & l. 5. in princ. ff. de calumniat.* Pertinet autem propriè hic titulus ad eum qui temerè actionem civilem proponit, vel qui improbè inficiatur. Neque hanc sententiam infirmat quod dicitur in *l. 2. C. de jurejur. propter cal. dando.* Iusjurandum de calumnia, de qua agit Iustin. in *hoc tit.* in omnibus litibus, & in omnibus causis esse præstandum, vnde videretur sequi hunc titulum ad causas criminales posse referri. Sed dicendum legem illam esse intelligendam de omnibus causis pecuniariis tantùm, non de criminalibus.

§. I. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra[1] defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus vtitur, nisi priùs juraverit, quòd putans sese bona instantia vti, ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes, ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agetur. Statim autem ab initio pluris quàm simpli est actio. veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli. Nam ex causis his & aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quàm simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coërcetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Vtriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod aliâ nostrâ constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteris calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit: quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod numquam factum esse invenimus. sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & vt improbus litigator, & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

[1] EX CONSTITVTIONE NOSTRA] Meritò dubitari potest, an hujus juramenti primus sit auctor Iustinianus, quod Paulo adscribere Tribonianum in *l. 44. inter, §. qui familiæ, ff. familiæ ercisc.* D. Cujac. refert in *Parat. C. de jurejurando propter calumniam dando.* Nam & ante Iustinianum hoc juramentum in vsu fuisse docet idem Paulus *lib. 2. Sent. tit. 1. Deferre,* inquit, *jusjurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia jusjurandum reo competit,* quod præstare quoque tenebatur, qui stipulationem damni infecti postulabat, *l. 13. §. qui damni, ff. de damno infecto.* Sed observandum est in his omnibus casibus, cum similibus, vnam tantùm partem hoc juramentum præstare teneri; quod ita ampliavit Iustin. hac constitutione nova, vt ab vtraque parte, actore, & reo, hoc juramentum in omnibus litibus censeat esse præstandum; non vt olim in quibusdam, & ex vna tantùm parte. Et hoc est quod ait, in omnibus causis, civilibus nempe: quia olim in quibusdam civilibus tantùm locum habuit. Ceterum juramentum hoc ex ipsis Atheniensium ritibus hau-

RR r

stum fuisse constat: apud illos enim, vt Pollux docet in *onomastico*, in vsu fuit ex parte actoris προωμοσία, ex parte rei ἀντωμοσία; quamvis & ex parte actoris ἀντωμοσία dicatur, vt ex Isocrate, Platone, Laërtio, Harpocrate, Moscopulo jam annotatum est. Ex eodem quoque jure fluxit cautio decimæ litis, vt observare licet ex eodem onomastico, *lib.* 8. *cap.* 6. & observandum est hujus cautionis vsum revocasse Iustin. *Nov.* 112.

§. II. Ex quibusdam judiciis damnari ignominiosi fiunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelæ, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus[2], pro socio, quæ ab vtraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominiâ notatur. Sed furti quidem[3], aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solùm damnati notantur ignominiâ, sed etiam pacti, & rectè. Plurimùm enim interest, vtrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

*[2] DIRECTIS NON CONTRARIIS ACTIONIBVS] Directa actio dicitur illa quæ principali personæ datur, contraria quæ minùs principali, quæ non potest esse famosa; quia in illa non de perfidia agitur, vt in directa, sed de calculo, *l.* 6. *furti*, §. *vlt. ff. de his qui notantur infamiâ*; id est de supputatione impensarum agitur, & vt sumptus resarciat is qui illâ pulsatur, quod lædere nequit existimationem.

*[3] SED FVRTI QVIDEM] Non tantùm qui proprio nomine ex delicto est condemnatus notatur infamiâ, sed etiam qui pactus, *l.* 4. §. *fin. ff. de iis qui notantur infam.* quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l.* 5. *ff. eod.* Quod de simplici confessione intelligendum, non de confessione in jure, quæ pro damnatione habetur, *l.* 1. *ff. de confess.* cùm dicatur simpliciter illum haberi pro confesso, non pro condemnato: nam si pactio pro confessione est, & pactio fit extra jus; consequens est illam confessionem extra jus factam intelligi. In judiciis autem quæ ex contractu proficiscuntur, tametsi damnati notentur infamiâ, non tamen pacti, *l.* 7. *in actionib. ff. de his qui not. infam.* quia nemo infamis fit quod contraxerit, sed quòd ejus dolus malus & perfidia arguatur: perfidè autem, vel fraudulenter & dolosè egisse eum non constat, qui pacto à lite discedit. Atque ita plurimùm interest vtrum quis ex delicto, an ex contractu sit debitor: quia cum hoc mitiùs, quàm cum illo, agi æquum & bonum est.

§. III. Omnium autem actionum instituendarum principium[4], ab ea parte edicti proficiscitur, quâ Prætor edicit de in jus vocando. Vtique enim imprimis adversarius in jus vocandus est ad eum qui jus dicturus sit. Quâ parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberísque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, vt non aliter liceat liberis libertísque eos in jus vocare, quàm si id ab ipso Prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit. *Ex l. 4. de in jus voc.*

[4] ACTIONVM INSTITVENDARVM PRINCIPIVM] Observatur hic ordo in Pandectis, præcedit enim titulus *de in jus vocando* titulum *de edendo*. Sed

contrà *lib.* 2. *Cod.* præcedit titulus *de edendo* titulum *de in jus vocando.* Et hunc fuisse ordinem edicti perpetui auctoritate Adriani Imperatoris à Iuliano compositi, ex lib. ad edictum Vlpiani & Pauli D. Cujac. docet, quòd eodem fere tempore & reus vocaretur in jus, & ei ederetur actio; nec facilè, inquit, potest constitui editio vocatione in jus, an vocatio prior fuerit editione. Quidam existimant vetusto jure editionem fuisse ante vocationem, & vtuntur auctoritate Terentii in *Adelphis act.* 2. *sc.* 1. Æschines enim in jus vocaturus lenonem, priùs actionem edit ei his verbis:

Nam ego liberali illum assero causâ manu.
Nunc vide vtrum vis argentum accipere, an causam meditari tuam:
Delibera hoc dum ego redeo, leno.

Sed huic sententiæ ego antiquiorem Comicum Plautum oppono, ex quo constat indictâ causâ vocationem locum habuisse: ait enim actor se coram Prætore causam dicturum, vel vt est in *Aulularia*, dicam scriptutum,

Iam quidem, inquit, *ad Prætorem hercle te rapiam, & tibi scribam dicam.*

Solebant igitur aliquando edere actionem ante vocationem; vel in jus vocare, vt statim apud Prætorem ederent: nec vlla, opinor, fuit necessitas priùs edendæ actionis. Et quamvis præcedat editio, rectè tamen dicitur principium instituendarum actionum proficisci à vocatione in jus: tunc enim propriè quis dicitur incipere actionem instituere, cùm in jus vocat ad eum qui jus dicturus est; & à vocatione in jus cœpisse ipsam leg. XII. tab. illâ parte, *si in jus vocat*, notissimum est ex M. Tull. *lib.* 2. *de legib.* Hodie datur libellus conventionis, quo ab executore quis in jus vocatur: simul ergo & editur actio, & in jus vocatur, juxta ritum explicatum in *Novella* 53. ad quam vide Cujac.

*4 ACTIONVM INSTITVENDARVM PRINCIPIVM] His verbis videtur innuere Iustin. vocationem in jus editionem actionis præcessisse, vnde in Pandectarum corpore tit. *de in jus vocando* præcedit titulum *de edendo*, sed in codice contrà: quocirca Cujacius in *Paratit. Codicis de edendo* ingenuè fatetur non facilè constitui posse, vtrum editio vocatione, an vocatio editione tempore prior fuerit: quas conjunctas potiùs, & affines, atque contiguas fuisse docet, quamquam *lib.* 10. *Obs. cap.* 10. affirmare non dubitaverit, editionem præcessisse vocationem in jus. Hodie autem dato conventionis libello ab executore vocatur quis in jus, simúlque editur actio.

*5 QVA PARTE PRÆTOR] Non tantùm coërcentur qui temerè litigant, vt docuit suprà Iustin. sed & qui temerè veniâ non impetratâ in jus vocant personas, quibus reverentiam debent, *l.* 4. *& l. generaliter, ff. de in jus voc.* Quod receptum erat, non tantùm quia olim vocatus, si non iret, & vocantem sequeretur, aut cautionem præstaret judicio sisti, poterat in jus rapi per vim ex lege XII. tab. *Si calvitur, pedémve struit, manumendo jacito:* sed & propter illam rationem, quæ redditur ab Vlpiano in *l.* 10. *sed etsi*, §. *Prætor ait, ff. de in jus voc.* ne scilicet temerè famosa actio adversus tales personas instituatur, & ne levi de causa in jus vocentur: quæ ratio cùm etiam hodie vigeat, jus quoque quod ex ea ducitur debet valere, & obtinere.



De officio judicis.

CAPVT XVII.

SVPEREST vt de officio judicis dispiciamus. Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quàm quòd legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est.

* HIC titulus pertinet ad officium judicis dati, qui non jurisdictionem, sed solam judicandi facultatem habet, vt loquitur *l. vlt. Cod. vbi & apud quem cognit. in integ. restit. agit. sit.* Quod officium servile & mercenarium vulgò vocant interpretes, ex sententia *l. 4. Cod. depositi*; quia judex quodammodo servire & ancillari videtur actioni cui est addictus: ideóque illud metiri debemus ex natura, & formula actionis cui judex addictus est, quæ vel plus, vel minus concedere solet, *l. 14. idem Labeo, ff. de relig. & sumpt. fun.* quemadmodum eleganter Iurisconsultus ait, arbitri officium pendere omnino ex ipso compromisso, & formâ compromissi; id est inspiciendum esse compromissum ex quo officium arbitri pendet, *l. 32. §. de officio, ff. de recept. qui arbitr. receper.*

§. I. Ideóque si noxali judicio addictus est, observare debet, vt si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.

§. II. Et si in rem actum sit, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem[1] jubere eum debet, vt rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causâ petere, indulgendum est ei: vt tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est, non restituisset. Et si hereditas petita sit[2]: eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum quos culpâ suâ possessor non perceperit, in vtraque actione eadem ratio pene habetur[3], si prædo fuerit. si verò bonâ fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpâ possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

*[1] SIVE CONTRA POSSESSOREM] Certum est, licèt in contraria sententia fuerit Accursius, agi in *hoc* §. generaliter tam de bonæ fidei, quàm de malæ fidei possessore: vterque enim tenetur restituere fructus ante litem contestatam perceptos qui extant, si nominatim petiti sint: tam enim fructus quàm rem ipsam potest actor vindicare, *l. 3. malæ fidei, Cod. de condict. ex lege*, & officio judicis venire non possunt nisi sint petiti, *l. 25. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædilit. edicto.*

[2] ET SI HEREDITAS PETITA SIT] Locus est omnium sermone protritus, cùm de fructibus tam à bonæ fidei, quàm à malæ fidei possessore restituendis quæritur; sed meo judicio infeliciter explicatus.

Et vt verum sensum hujus §. assequamur: primò observandum est hanc sententiam, *Si hereditas petita sit, eadem circa fructus intervenire, quæ intervenerunt in rerum singularum petitione*, generaliter esse accipiendam non solùm de malæ fidei possessore, sed etiam de possessore bonæ fidei; vt vterque teneatur fructus cum re ipsa, & hereditate restituere. Quæ tamen definitio locum tantùm habet in fructibus extantibus ante litem contestatam perceptis, quod omnino suadent verba quæ sequuntur, *Illorum autem fructuum, quos possessor culpâ suâ non perceperit*. Ex quibus rectè cum glossa, & Cujacio colligimus dictum fuisse de perceptis extantibus: quia consequenter tractat de non extantibus, id est de consumptis; & de iis qui numquam extiterunt, id est qui percipi potuerunt, sed non sunt percepti culpâ possessoris, & pro perceptis & consumptis habentur.

Secundò notandum est, hoc loco non hoc quæri, vel tractari, an jure & potestate actionis, sive formulæ; vel quo alio modo, puta, officio judicis; vel propositâ aliâ speciali actione hæc fructuum restitutio fieri debeat. Vt, in §. *si quis à non domino, suprà, de rer. divisione*, cùm Iustinianus ait, dominum supervenientem agere posse contra bonæ fidei possessorem de fructibus extantibus, & malæ fidei possessorem cogi posse restituere non solùm extantes, sed etiam consumptos: hoc simpliciter Iustinianus ait, bonæ fidei possessorem restituere fructus extantes, malæ fidei possessorem restituere omnes fructus tam extantes, quàm consumptos; quamvis restitutio diverso jure fiat, consumpti enim restituuntur condictione, extantes vindicatione speciali, vulgatâ *l. mala fide, C. de condict. ex leg.*

Et in petitione hereditatis certissimum est fructus ante litem contestatam perceptos, jure & potestate actionis esse restituendos: sunt enim augmenta, quæ appellatione hereditatis continentur. In petitione verò speciali rei singularis, constat debere actorem fructus separatim petere, vt de armamentis navis dicitur in *l. 3. §. armamenta, ff. de rei vindicatione:* vt tam re quàm fructibus nominatim vindicatis, idem judex addicatur, qui rem cum fructibus restitui jubeat. Et ita exaudiendum est quod ait *l. domum, C. de rei vindicat. Præses domum cum perceptis pensionibus restitui jubebit*; per judicem scilicet, quem daturus est tam de fundo, quàm de fructibus, vt in *l. certum, C. eod. tit.* Vel si forsitan nominatim fructus cum re non vindicaverit, potest rursus agere vindicatione: & ita intelligenda videtur *d. l. mala fide, C. de condict. ex lege*; fructus enim ante litem contestatam percepti non possunt hac speciali petitione contineri, & nominatim sunt condicendi, vel vindicandi.

Et hæc est certissima differentia inter generalem petitionem, & specialem; sive agitur de fructibus ante litem moram perceptis, & extantibus; sive agitur de fructibus qui culpâ non sunt percepti, aut percepti consumpti sunt: ad quos pertinere non potest officium judicis, vulgatâ *l. ædiles 25. §. item sciendum est, ff. de ædilitio edicto.* Vt contrà si agatur de fructibus post litem contestatam perceptis, generaliter dicimus omnes fructus in vtraque actione præstari officio judicis, *l. heres 51. §. vlt. ff. de petit. heredit. l. neque, ff. de vsuris.*

Ex quibus apparet malè glossam, malè Cujacium hanc taxativam particulam *pene*, referre ad varietatem & diversitatem formulæ, & actionis; quasi fructus non percepti, qui percipi potuerunt, vel percepti consumpti sunt ante litem contestatam, in petitione hereditatis petantur ejusdem actionis vi ac potestate: in rei vindicatione non eâdem actione; sed aliâ speciali, vt glossa vult; vel judicis officio, vt Cujacius voluit. Quia eadem varietas & diversitas in fructibus reperitur perceptis, & extantibus; in quibus tamen sine vlla taxatione absolutè dixit eadem in-

tervenire si hereditas petita sit, quæ in vindicatione rerum singularium interveniunt.

Quærenda est igitur alia interpretatio hujus particulæ *pene*, quæ in his libris nunquam otiosa est. Nil enim quoque præstat diligentia Theophili, qui nos remittit ad nescio quem tractatum de judiciis: & rem fuisse difficilem varietas exemplarium ostendit. Quidam enim libri hanc vexatam clausulam ita concipiunt, *Illorum autem fructuum quos possessor culpâ suâ non perceperit, aut illorum quos perceperit*, id est consumpserit, vt in *d. l. neque, ff. de vsuris*, quæ lectio non est contemnenda; quia subjicit, *si bonæ fidei possessor sit, non habetur ratio neque non perceptorum, neque consumptorum*; vt jam dixisse videatur per contrarium si prædo sit, non perceptorum, & consumptorum in vtraque actione eandem pene rationem haberi. Et ait *pene*, quia aliquatenus diversa ratio est: præstat enim in petitione hereditatis prædo non solùm fructus non perceptos, aut consumptos; aut potiùs æstimationem & pretium non perceptorum, & consumptorum, qui scilicet in vtraque actione à judice æstimantur, & in sortem rediguntur, *l. si navis 62. §. vlt. ff. de rei vindic.* non solùm, inquam, fructuum pretium præstat, sed etiam vsuras: & hoc est quod ait *l. illud, §. prædo, ff. de petit. heredit.* prædonem fructus consumptos suos non facere, quia augent hereditatem: *Ideóque*, inquit, *eorum quoque fructus præstabit*, id est vsuras æstimationis, vt in *l. heres, §. vlt. ff. eod. tit.*

Idémque est dicendum de fructibus quos culpâ suâ non percepit; hi enim quoque æstimantur tamquam hereditatis augmenta. Et quia pretium debet qui vtitur fructibus, vel vti potuit; hujus quantitatis vsuras hoc judicio præstare tenetur; quamvis benignâ interpretatione aliud respondeat Papinianus in odium fisci, de eo qui in fraudem legis tacitam fidem commodavit de restituenda hereditate incapaci, *l. eum qui, ff. de his qui vt indign.*

At in hac petitione hereditatis certissimum est vsuras eorum fructuum, quos in sortem redigit, judicis æstimatione esse præstandas: quia, vt Papinianus ait, hi fructus præstantur tamquam augmenta hereditatis. In petitione verò rerum singularium, quamvis malæ fidei possessor sit, & fructus consumptos, & quos percipere potuit præstare teneatur, id est æstimationem fructuum qui non extant: fructus enim extantes non æstimantur, sed præstantur sine vsuris indistinctè, id est in vtroque judicio, tamquam corpora. Hujus tamen quantitatis vsuras non præstat tamquam augmenta, vt in petitione hereditatis, sed tamquam accessiones rei, *d. l. neque*, vbi glossa rectè notat, accessionis accessionem esse non posse.

Hoc est ergo quod hoc loco ait, pene idem observari in vtraque actione, si prædo sit. Quòd si bonæ fidei possessor sit, est magna differentia inter petitionem heditatis, & rei vindicationem; in hac enim neque consumptorum, neque non perceptorum ratio habetur; in illa præstat bonæ fidei possessor tamquam hereditatis augmenta fructus omnes, per quos locupletior factus est *d. l. illud, §. prædo, in 2. parte.*

Et hæc omnia locum habent, si quæratur de fructibus perceptis, aut percipiendis ante litem contestatam. Nam, vt subjicit, post litem contestatam eadem est omnino omnium possessorum in vtraque actione conditio: præstantur enim generaliter fructus non percepti, & consumpti: neque debentur vsuræ horum fructuum, qui officio judicis in vtroque judicio præstantur: qui & in petitione hereditatis non tamquam augmenta, sed tamquam accessiones post litem contestatam præstantur, *d. l. heres, §. vlt.*

Summa igitur hæc sit, in vtraque actione fructus percepti ante litem contestatam extantes præstantur à bonæ, vel malæ fidei possessore: fructus non extantes, id est percepti & consumpti, vel qui percipi potuerunt, in vtraque actione præstantur à malæ fidei possessore. Sed in petitione hereditatis præstantur fructuum vsuræ, quæ non præstantur in rei vindicatione. Si verò bonæ fidei possessor fuerit, in rei vindicatione nulla ratio habetur consumptorum, & non perceptorum: in petitione hereditatis præstat bonæ fidei possessor fructus, per quos locupletior factus est. Post litem contestatam, eadem omnino est in vtroque judicio omnium possessorum conditio.

*² Et si hereditas petita sit] In petitione hereditatis eadem observari circa fructuum restitutionem, quæ in rei vindicatione, docet: vt scilicet jubeat judex omnes fructus extantes vnà cum re restitui. Sed quamvis in hoc conveniant, in alio differunt. Nam in rei vindicatione, vt jam dixi, nominatim petendi sunt fructus; percepti enim non sunt partes rei, sunt tamen partes hereditatis, & augmenta; ideóque hereditatis nomine veniunt, cùm augeant hereditatem, *l.* 20. §. 3. *versic. fructus, ff. de petit. heredit.* Quocirca qui petit hereditatem, fructus etiam petit: qui rem simpliciter petit, non petit fructus separatos, sed pendentes tantùm, qui pars fundi videntur, *l.* 44. *fructus, ff. de rei vindic.* Illius tamen differentiæ non fit mentio in hoc titulo; quia illa respicit actoris petitionem, de cujus officio hîc non agitur, sed de officio tantùm ipsius judicis.

*³ Eadem ratio pene habetur] Aliquam esse differentiam inter petitionem hereditatis & rei vindicationem, cùm agitur adversus prædonem, id est malæ fidei possessorem, de fructibus perceptis & consumptis; sive de iis qui percepti non sunt culpâ possessoris, percipi tamen honestè potuerunt, indicat particula *pene*, quæ numquam est otiosa in libris nostris. Præstat enim in petitione hereditatis prædo non solùm fructus consumptos, aut non perceptos, vel potiùs æstimationem & pretium illorum: sed etiam pretii aut æstimationis vsuras, vt docet evidenter Paulus in *l.* 40. *illud*, §. *prædo, ff. de petit. heredit.* dum ait prædonem fructus suos non facere consumptione, quia augent hereditatem: ideóque eorum quoque fructus præstare, id est æstimationis vsuras, vt tradit Papinianus in *l.* 51. *heres*, §. *vlt. ff. eod.* Quamvis benignâ interpretatione idem Papinianus aliud responderit in odium fisci, cujus semper mala causa est sub bono Principe, in eo qui in fraudem legum tacitam fidem accommodavit de restituenda hereditate incapaci, *l.* 18. *eum qui, ff. de his, quæ vt indign. aufer.* Attamen in rei vindicatione prædo fructuum consumptorum, vel non perceptorum, qui tamen pro perceptis & consumptis habentur, æstimationem præstat; sed non æstimationis vsuras. Cujus differentiæ ratio hæc est, quòd in petitione hereditatis fructus veniant quasi partes & augmenta hereditatis, at in actione in rem, tamquam accessiones rei: accessionis autem accessio esse non potest, alioquin accessionum nullus esset finis. In persona quoque bonæ fidei possessoris, inter vtramque actionem est differentia; quia in rei vindicatione nulla habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum: in alia omnes præstat tamquam augmenta hereditatis, ex quibus locupletior factus est, *d. l.* 40. §. *prædo.* Post litem autem contestatam eadem est omnino in vtroque judicio omnium possessorum conditio, officio enim judicis fructus præstantur.

§. III. Si ad exhibendum ⁴ actum fuerit, non sufficit si exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est vt etiam rei causam debeat exhibere,

id est, vt eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si quum primùm ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideóque si inter moras vsucapta sit res à possessore, nihilominùs condemnabitur. Præterea fructum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam intercessit: rationem habere debet judex. Quòd si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, ídque sine frustratione postulare videatur: dari ei debet, vt tamen caveat se restituturum. quòd si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

*4 SI AD EXHIBENDVM] Plus est restituere, quàm exhibere; quoniam exhibere est facere in publico potestatem, vt ei qui agit experiundi sit copia, *l. 2. ff. ad exhib.* at restituere est possessorem facere, fructúsque reddere, & efficere vt id habeat âctor, quod habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, *l. 35. restituere, ff. de verb. sign.* Sed in actione ad exhibendum exhibere habet plenam significationem, & omnem causam continet, *l. 9. Iulianus, §. quantum, ff. ad exhibendum*, vnde fit vt in illo titulo promiscuè vtantur Iurisconsulti restituendi aut exhibendi verbo, vt notat Cujac. in recitat. ad *l. 22. plus est, ff. de verb. sign.*

§. IV. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus[5] adjudicare debet. & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quòd solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque, quàm duos coheredes subsequuntur.

5 SINGVLAS RES SINGVLIS HEREDIBVS] Potest tamen aliquando eamdem rem pluribus adjudicare, vt in *l. item Labeo, §. 1. ff. fam. ercisc.* Sed magna quæstio est de re communi pro indiviso inter heredes & extraneos, vulgo tractata in *l. 25. §. si testator, ff. fam. ercisc.* cujus §. cum Alberico, Fulgosio, & Cujacio tres casus facio. Primus hic est, si testator fundum communem habuit cum Titio, vt in *l. Mævius, ff. eod. tit.* Secundus, cùm fundi sui, id est fundi qui in solidum ad testatorem pertinebat, partem legavit. Tertius, cùm vnus ex coheredibus partem, quam habuit pro indiviso in fundo hereditario, ante acceptum judicium familiæ erciscundæ vendidit, vt in *l. ex hereditate, ff. eod. tit.* cujus species non est ab isto tertio casu separanda, vt malè Albericus censet. His tribus casibus quæritur quid dicendum sit de parte fundi, quæ pro indiviso communis reperitur in hereditate: & respondet Iurisconsultus ad officium judicis pertinere, vt eam partem, quæ testatoris fuit, alicui jubeat tradi. Quæ verba, vt Cujacius animadvertit *lib. 22. Obs. cap. vlt.* propriè pertinent ad primum casum, quo posuimus fundum fuisse communem inter testatorem & Titium: pars enim propriè dicitur testatoris, quam pro indiviso habuit in fundo communi. Sed secundo & tertio casu dicimus fundum integrum, & solidum fuisse testatoris, cujus partem legavit; vel vnus ex coheredibus ejusdem

ejusdem fundi partem alienavit: quibus tamen casibus partem quoque testatoris dixisse videtur, pro parte quæ in hereditate remansit, vt acutissimè docuit Fulgosius; pars enim legata in hereditate non est, *l. 8. ff. de servo corrupto.* Nec pars ab vno coherede alienata, *d. l. ex hereditate.*

Et vt liberè dicam quod sentio, videtur esse in *hoc* §. defectus seu reticentia, cui similem aliàs notavi, in *l. vlt. C. de pactis inter empt. & venditor. compos.* in qua constat emendari jus, quod obtinuit in tribus casibus propositis in *l. nemo 61. ff. de pactis.* Ex quibus primum, & secundum refert omisso tertio; ad quem tamen pertinet ratio subjecta, quod & Accursius animadvertit: vt sit plusquam manifestum verba *d. §. si testator* esse accipienda de parte quæ in hereditate remansit; de hac enim parte quæritur quid fieri debeat. Et quod Iurisconsultus ait, ad officium judicis pertinere, vt hanc partem alicui jubeat tradi, Doctores omnes tam veteres, quàm recentiores accipiunt de adjudicatione, quæ statim dominium transfert in eum, cui res adjudicata est ipso jure, sine vllo facto, §. *vlt. hoc tit.* & apud Vlpianum *lib. reg. tit.* 19. §. *adjudicatione:* quod ita accipiendum est, vt statim atque judex pronuntiavit partem illam, fundum illum, certam partem fundi pertinere ad coheredem, statim sine vllo facto, jure ipso dominium transeat. Et tamen in *d.* §. Iurisconsultus ait judicem jubere tradi, quasi traditio ex parte coheredum necessaria sit: at sufficit adjudicare verbo, nec qui adjudicat jubet tradi. Ideóque Odofredus vetus interpres, quo frequenter Cujacius vtebatur, supplet, *Iubeat tradi*, inquit, *ex causa divisionis, si dividi possit; vel ex causa adjudicationis, si dividi non possit:* vt secundùm sententiam quæ prævaluit, hic sit sensus horum verborum *jubeat tradi*, id est præstari, restitui partem, quæ in hereditate remansit, vni adjudicatam: quod fortè tunc necessarium est, cùm possessio rei adjudicatæ est penes vnum ex coheredibus, vt in *l. 2. C. communi divid.* At hæc portio est in hereditate, & eam sine factò & traditione coheredum rectè à judice adjudicatam coheres nancisci potest: vt frustra jubeat tradi, quod sufficit designare, & demonstrare.

Itaque vereor ne nos omnes deceperit Cujacii interpretatio: & ita de hac quæstione ratiocinari soleo. Portio hæc communis inter coheredes & extraneos, quamvis quodammodo certa dici possit, vt in *l. locus, ff. de acquir. possess.* tamen in hoc judicio familiæ ercifcundæ incerta est: quia omnes in ea parte habent dominium, juris intellectu, non divisione corporis, vt loquitur Papin. in *l. Mævius*, §. *sed si pars, ff. de leg. 2.* Hæc ergo pars incerta non potest adjudicari; quia nec æstimari separatim, nisi assumptâ re vniversâ, *l. Mævius*, §. *vlt. ff. famil. ercisc.* At si totum assumit judex, æstimat partem; vel, vt Fulgosius loquitur, *mittit manum ad partem quæ est extra hereditatem:* quâ ratione fretus, ex sententia Iacobi vetustiss. interpretis rectè concludit, hanc partem non posse venire in hoc judicium, vt inter heredes dividatur; quia impossibile est demonstrare partem glebæ, in qua non sit pars illius partis, quæ est extra hereditatem. Quòd si hæc ratio obstat divisioni, obstare quoque debet adjudicationi: quia fieri non potest quin adjudicatio partem quoque quæ est extra hereditatem contineat: quod præstare non potest judex huic actioni addictus; quia nec potest generaliter attingere rem communem inter coheredes & extraneos, *l. 3. C. communi divid. l. familia, C. communia vtriusque judic.*

Ex quibus constat, ita *d. l. ex hereditate* esse accipiendam, vt nullâ ratione pars quæ remansit in hereditate communis veniat in hoc judicium, vt dividi, vel adjudicari possit; ideóque non ait adjudicari, sed tradi. Quod vt intelligamus, animadvertendum est multum distare ab adjudicatione hunc jussum traditionis. Adjudica-

tio est civilis modus transferendi dominii: quo genere cùm judex non possit dominium transferre, propter inseparabilem mixturam rei quæ est extra judicium, vtitur remedio communi; & quod non potest expedire per adjudicationem, assequitur per traditionem. Nam quamvis judex non possit hanc portionem vel dividere, vel adjudicare; possunt tamen coheredes inter se æstimare, vendere, donare: imò ante judicium acceptum in extraneos transferre, & ex causa venditionis, donationis, aut aliâ quâlibet causâ tradere, *d. l. locus, ff. de acquir. poss.*

Ita igitur judex rem expediendam esse censet, vt vni à ceteris coheredibus portio justo pretio æstimata tradatur, habitâ scilicet ratione partium quas coheredes habent; vt per traditionem coheredum vnus efficiatur dominus rei communis pro indiviso, quem per adjudicationem judex facere non potest dominum. Quod eâdem planè ratione fit, quâ in *l. 2. §. vlt. & l. 3. ff. famil. ercisc.* nomina, quæ cùm sint ipso jure indivisa, in hoc quoque judicium non veniunt, vt vel dividi, vel adjudicari possint; judex in solidum singulis attribuit, invicem mandatis actionibus; quia, vt ait *d. l. 3. exactio partium multa incommoda habet:* & quod potest assequi per adjudicationem, vel divisionem, assequitur per cessionem actionum: sic enim nomina transferuntur, vulgatâ *l. illa, C. de donationib.* Nostro verò casu, in re communi corporali vtitur traditione, cùm non possit vti adjudicatione, vel divisione: & vtroque casu jubet facere heredes, quod ipsi propriâ conventione, sine judicis jussu facere possunt; vt commodiùs agatur, vt quantum assequi potest officio suo, nihil indivisum relinquatur.

§. V. Eadem interveniunt & si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quòd si de vna re, veluti fundo: si quidem iste fundus commodè regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet: & si vnius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quòd si commodè dividi non possit: veluti homo fortè, aut mulus erit de quo actum sit: tunc totus vni adjudicandus est, & is invicem alteri certâ pecuniâ condemnandus.

§. VI. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio: quæ sanè vno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodiùs sit, quàm olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. quo casu conveniens est, vt is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quòd fortè circa fines aliquid maliciosè commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales cæcidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur. veluti si quis jubente judice, metiri agros passus non fuerit.

§. VII. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit [6], cui adjudicatum est.

* [6] ID STATIM EIVS FIT] Sententia judicis dominum non facit, sed quod est declarat, *l. 8. sicut, §. etsi quidem, ff. si servit. vindic.* solius enim legis est transferre dominium. In his tamen tribus judiciis mixtis hoc est receptum, vt ipso jure sine vllo facto, aut traditione transferatur dominium, vt tradit Vlpianus in *Fra-*

gment. tit. 19. quoniam inter modos acquirendi dominii jure civili numeratur adjudicatio : vnde rectè dixit Cujacius, nullum alium esse casum, in quo sententiâ judicis dominium acquiratur.

De publicis judiciis.

CAP. XVIII.

PVBLICA judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam simile habent cum ceteris judiciis, de quibus loquuti sumus : magnáque diversitas est eorum, & in instituendis, & in exercendis.

IVDICIA publica in hoc potissimum ait differre à privatis, quòd non ordinantur per actiones à Prætore impetratas, addictis judicibus arbitrísve, ordine quo agatur constituto, litis solemnibus ordinatis, vt loquitur *l.* 31. *C. de liberali causa.* Publica enim non per actiones, sed per libellos inscriptionum legitimè confectos, subscriptos, & dispositos ordinari dicuntur, in *l.* 1. *C. ad Senatusconsultum Turpill.* & postquam ordinata sunt, alio quoque ordine & ritu instituuntur & exercentur. Aliud est enim hoc loco, quod vulgò non observatur, ordinare judicium; aliud instituere & exercere. Iudicium privatum apud Prætorem actione impetratâ ordinatur; judicium publicum depositis vt dixi inscriptionibus.

Hanc ordinationem sequitur, tam in publicis, quàm in privatis, litis contestatio, quâ instituitur & exercetur judicium : nam & in publicis præcedit inscriptio litis ordinandæ causâ, sequitur litis contestatio, *l. in senatusconsultum*, §. *pen. ff. ad senatusconsultum Turpill.* id est accusatio & defensio, *l.* 3. *C. ad l. Fab. de plagiariis*, quæ accusatio à Sidonio Apollinari, *epist.* 7. *lib.* 1. *dicitur propositio.* vt hodie in idiotismo dicimus, *souffrir la proposition*; & apud auctorem vitæ sancti Ambrosii editum inter opera Agobardi, *contra nos hodie proposuisti, domine Episcope.*

Hæc autem litis contestatio in judicio publico longè diversa fuit à litis contestatione judicii privati : hæc enim privatim de re privata, apud privatos judices, in privatis Magistratuum domibus, vt nominatim *lib.* 7. *cap.* 8. Vitruvius docet : illa verò in loco publico, cum majestate imperii, apud Magistratus & judices selectos, decuriis judicum pro more censuris principum examinatis, & inquisitione diligenti factâ in singulos judices, vt apud Plinium nobilissimo loco *lib.* 29. *cap.* 1. in quo ex veteribus libris non dubito esse legendum, *inquisitio per partes agitur*, id est per singulos, vt apud D. Hieronym. in *Ecclesiast. cap.* 3. *Intellexi*, inquit, *Deum non per partes, & per singulos judicare.* Meritò ergo in *hoc titulo* Iustin. ait, nil hæc judicia simile habere cum ceteris judiciis, sive judiciorum ordinem & formam, sive judices & litigatores ipsos spectes. Horum enim in publicis judiciis habitum, non solùm reorum, quod notissimum est, sed etiam accusatorum fuisse sordidatum & squalidum, ex *d. epist.* Sidonii observare licet. De forma autem & apparatu judicii sub Iustiniano Imperatore, extat insignis Agathiæ Scholastici locus, *lib.* 4.

§. I. Publica autem dicta sunt, quòd cuivis ex populo exequutio eorum plerumque datur.

§. II. Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ vltimo supplicio afficiunt, vel aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cetera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, non tamen capitalia.

§. III. Publica autem sunt hæc: lex Iulia majestatis[1], quæ in eos qui contra Impetarorem vel Rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. hujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.

* 1 LEX IVLIA MAIESTATIS] Quamvis alia crimina regulariter morte extinguantur, tamen crimen maiestatis morte non finitur, sed memoria rei post mortem damnatur: quo casu alienationes, vel manumissiones factæ à nocentibus non valent, *l. 5. quisquis, §. emancipationes, Cod. ad l. Iul. majest.* Et quamvis ex veteri senatusconsulto, de servo in dominum ne tormentis quidem quæri liceret, vt docet Tull. in *orat. pro Dejotaro*: ex hac tamen causa servi in caput domini torquentur, *l. pen. & vlt. Cod. eod.* damnati neque lugentur, neque sepeliuntur, *l. 1. ff. de cadaverib. punit. & l. liberorum, §. non solent, ff. de his qui not. infam.* filii eorum paternâ, avitâ, maternâ, & propinquorum successione omni privantur; vt eis perpetuâ egestate sordentibus sit & mors solatium, & vita supplicium. Filiabus tamen in bonis matris servatur portio legitima, *d. l. 8. quisquis, §. filii verò, & §. ad filias, Cod. ad l. Iul. majest.*

§. IV. Item lex Iulia de adulteriis coërcendis, quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum gladio punit[2], sed & eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eâdem lege Iuliâ etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem, vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum, si humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.

2 GLADIO PVNIT] Hoc esse ex constitutionibus notissimum non inficior, sed affirmare non ausim legis Iuliæ pœnam ab initio fuisse relegationem. Nam quod D. Cujac. *lib. 21. Obs. cap. 17.* ex Paulo affert, veterem litem non discingit. Ait enim Paulus, *adulterii convictos placuit relegatione coërceri*; ait, inquam, *placuit*, quo verbo designare videtur pœnam à constitutionibus ad legem Iuliam inductam. Itaque de veteris legis legitima pœna, hujúsque juris crebra mutatione & vicissitudine ampliùs deliberandum esse censeo.

§. V. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas vltore ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causâ cum telo ambulant. Telum autem, vt Gaius noster in interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgò quidem id appellatur quod ab arcu mittitur, sed & omne significatur quod manu cujusdam mittitur, sequitur ergo vt lapis, & lignum, & ferrum hoc nomine contineatur, dictúmque ab eo, quòd in longinquum mittitur, à Græca voce ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. & hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine. nam quod nos

telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλειν. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit: ἐς τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο. λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eâdem lege & venefici[3] capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quàm susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publicè vendiderint.

[3] EADEM LEGE ET VENEFICI] Lex Cornelia rectè sicariis veneficos adjunxit. Non enim in solo ferro homicidium est, sed etiam in veneno; & sunt affinia crimina, quæ conjungit eleganter Iuvenalis *Sat.* 13.

Atque omni ex crimine lucrum
Quæsitum, & partos gladio, vel pyxide nummos.

Pyxide scilicet veneni. ad quem locum vetus Scholiastes rectè, *veneno, & gladio.* Tullius in orat. pro Cæcilio ait, *Licinium venturum, & iis veneni pyxidem daturum.* idem Iuvenal. *Sat.* 6.

At nunc res agitur tenui pulmone rubetæ,
Sed tamen & ferro.

Nec probo quod vir magnus docuit ad *tit. C. de alea lusu & aleatoribus*, pyxidem illo Iuvenalis loco esse fritillum, ex quo tesseræ jactabantur.

* Malefici propriè sunt, qui susurris magicis, & diris devotionibus defigunt alios, & fingunt cereas imagines hominis necandi causâ; incantationibus enim necatos fuisse homines vulgatum est, Lucanus *lib.* 6.

Mens hausti nullâ sanie polluta veneni
Excantata perit.

Virgil. *lib.* 2. *Georgic.*

Pocula si quando sævæ infecere novercæ,
Miscuerúntque herbas, & non innoxia verba.

Iuvenal. *Sat.* 6.

Hic magicos affert cantus, hic Thessala vendit
Philtra, quibus valeat mentem vexare mariti.

§. VI. Alia deinde lex asperrimum crimen novâ pœnâ persequitur[4], quæ Pompeia de parricidiis vocatur: quâ cavetur vt si quis parentis, aut filii, aut omnino adfectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit; sive clàm, sive palàm id ausus fuerit: necnon is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licèt extraneus sit, pœnâ parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque vllâ aliâ solemni pœnâ subiciatur, sed insutus culeo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus, secundùm quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem proiciatur: vt omnium elementorum vsu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

* [4] ASPERRIMUM CRIMEN NOVA POENA PERSEQUITUR] Mirum videri posset, cur hanc pœnam Iustinianus novam vocet, cùm tamen eam vetustis-

fimam esse certum sit, vtpote more majorum institutam, *l. pen. ff. de lege Pomp. de parricid.* qui mos ante legem Corneliam & Pompeiam invaluit; nam Livius scribit anno 600. ab vrbe condita Publium Malleolum matre interemptâ, insutum culeo in mare præcipitatum fuisse. Sed nova dici potest, quia non est solemnis & vsitata, sed insolens; vel certè quia desierat esse in vsu, & parricidæ vel vivi exurebantur, vel bestiis subjiciebantur, vt docet Paulus *lib. 5. recept. sent. tit. 24.* Postea autem est à Constantino reducta, *l. vnic. Cod. de his qui parentes vel liber. occid.*

§. VII. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur [5], pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit; quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolo malo. Ejúsque legis pœna in servos vltimum supplicium est (quod etiam in lege de sicariis & veneficis servatur) in liberos verò deportatio.

* 5 TESTAMENTARIA VOCATVR] Falsum propriè dicitur de testamentis; nam de testamento tantùm lata est lex Cornelia de falsis, quæ deinde senatusconsulto Liboniano, & constitutionibus producta est ad alia instrumenta: atque ita quasi falsum est in ceteris instrumentis, quæ ad legem Corneliam senatusconsulto, & constitutionibus rediguntur, *l. 1. §. vlt. ff. de l. Cornel. de fals. & de senatusc. Libon.* Fuit & lex Cornelia Numaria, vt docet Tullius *act. 3. in Verrem*, quâ tenentur qui nummos adulterant, tingunt, fingunt, circumcidunt, radunt; qui adulterinos flant & feriunt, *l. 8. quicumque, & l. 9. ff. eod.*

§. VIII. Item lex Iulia de vi publica seu privata, adversus eos exoritur qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis redarguatur, deportatio ei ex lege Iulia de vi publica irrogatur. si verò sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus: tunc & peccatores, & ii, qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundùm nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertiùs est scire.

§. IX. Item lex Iulia peculatus eos punit, qui pecuniam, vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi Iudices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solùm hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii verò qui in hanc legem inciderint: pœnæ deportationis subjugantur.

§. X. Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

§. XI. Sunt præterea publica judicia, lex Iulia de ambitu [6], lex Iulia repetundarum, & lex Iulia de annona, & lex Iulia de residuis, quæ de certis capitulis loquuntur: & animæ quidem amissionem non irrogant,

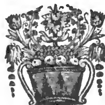
aliis autem pœnis eos subiciunt, qui præcepta earum neglexerint. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, vt vobis possibile sit summo digito, & quasi per indicem ea tetigisse. alioquin diligentior eorum scientia vobis latioribus Digestorum seu Pandectarum libris Deo propitio adventura est.

* 6 LEX IVLIA DE AMBITV] Ambire palam honores & magistratus licebat in toga candida, non clàm pecuniâ corruptis suffragiis populi per se, vel per alium. Et locum habebat hæc lex in vrbe potissimùm, cùm suffragiis populi deferebantur honores; sed desiit habere locum, cùm ad curam Principis magistratuum creatio cœpit pertinere, non ad populi favorem, Iuvenal. *Sat.* 10.

Iampridem ex quo suffragia nulli
Vendimus, effudit curas. nam qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia: nunc se
Continet, atque duas tantùm res anxius optat,
Panem, & circenses.

Et cœpit in municipiis tantùm valere in eos, qui magistratum, aut sacerdotium fraude ambirent.

FINIS.



EIVSDEM IANI A COSTA
RECITATIO SOLEMNIS,
Ad l. *Cum societas*, 69. *ff. pro socio.* iam suprà explicatam pag. 363.

VLPIANVS *lib.* 32. *ad Edictum.*

Cùm societas ad emendum coïretur; & conveniret, vt vnus reliquis nundinas, id est epulas, præstaret; eósque à negotio dimitteret: si eas eis non solverit; & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.



NVLLAM extare in libris Iuris civilis difficiliorem hac *lege Cum societas*, quam interpretandam suscipio, jam monuit eruditissimus dominus Cujac. *lib.* 4. *Observ. cap.* 17. qui in re dubiâ nihil quidquam certum se posse afferre professus est ingenuè; & probabilia quædam obiter & obscutè indicavit. Ego verò non adeò perfricui frontem, vel extra terminos pudoris saltum expedivi; vt quod vir incomparabilis assequi non potuit me præstare posse contendam. Conabor tamen supplere quædam, & vt verbo jurisperitorum vtar, superadjicere; fretus auctoritate Iustiniani, qui in *constitutione de conceptione digestorum*, notas Vlpiani, Pauli, Martiani ad librum magni Papiniani, quas notissima constitutio, quæ extat in *Codice Theodosiano, tit. de responsis prudentum*, omnino improbaverat, ideo comprobavit: *vt ex iis*, inquit, *ea sumantur, quæ ad repletionem summi & admirabilis ingenii necessaria esse videntur: cùm possit*, inquit, *vnius, & forsan deterioris sententia, & multas, & majores, in aliqua parte superare.* (sic enim ille locus obiter restituendus est) Hoc mihi tamen arrogare non ausim, qui in hac dissertatione viri magni vestigia, reptabundus licèt, sequor tamen. Sunt autem hujus legis quatuor interpretationes.

Prima est veterum jurisperitorum & interpretum, qui plerumque in difficilibus & obscuris nostri juris locis confugere solènt ad ariolationes. Cùm enim in hac l. scriptum sit societatem ad emendum coïtam fuisse, additâ hac conventione, vt vnus ex sociis reliquis nundinas, id est epulas, præstaret, eósque à negotio dimitteret: his epulis non solutis ab eo qui præstare eas tenebatur, & pro socio, & ex vendito agendum esse: vt doceant vtramque actionem posse concurrere, & ex hac conventione fuisse formatam, fingunt emptionem societati permixtam fuisse; quia vnus ex sociis suscepit se daturum has epulas certo pretio. Atque ita efficiunt, socios, quibus vnus teneiur præstare epulas, fuisse emptores; illum verò venditorem epularum, de quibus præstandis rectè agitur hac vel illa actione. At simpliciter ait convenisse vt vnus reliquis nundinas præstaret, non verò reliqui vicissim teneantur præstare certam pecuniam; quam nec revera præstandam esse censent, propter verba sequentia, quæ ita ex quibusdam libris legenda sunt, *eósque ad negotium dimitteret*,

mitteret. Ex quibus efficiunt eum, qui epulas præstare tenetur, reliquos socios ad negotiandum dimittere; qui quia negotiantur pro societate, ab ipso fit satisfactio de pretio constituto pro epulis; quia, vno verbo, præstatur opera pro pecunia. Quibusdam etiam magis placuit vera lectio *eósque à negotio dimitteret.* quæ verò Accursius testatur, ea docent ita accipienda; & dimitteret à negotio præstandarum epularum, quas ipse ex conventione præstare tenetur. Sed hæc meritò displicet domino Cujacio.

Secunda interpretatio est D. Cujacii. Eruditissimè vir magnus observat nullum emptionis genus contractum fuisse inter socios, qui societatem coïsse proponuntur ad emendum; neque vel ex vendito, vel ex empto socios adversus socium actionem habere posse: proclivior enim est in sententiam eorum qui legendum esse censent, *eósque ad negotium dimitteret*, quam illustrare tentavit. Sed non solutis epulis quorsum detur actio ex vendito, vix assequi potest; eámque non sociis dandam esse contendit, sed venditori qui rem, de qua emenda coïta erat societas, vendidit: denique non eodem fine dari, quo datur actio pro socio, neque iisdem dari: non tamen docet cui fini vel cui bono actio ex vendito danda sit venditori; & hoc nobis quærendum reliquit, quod latiùs in sequentibus exponendum erit.

Tertia interpretatio est Antonii Fabri auctoris eximii, & Præsidis Segusiani, qui inter socios mixturam quoque cum veteribus vtriusque contractus emptionis & societatis intervenisse in hac pactione censet, sed aliâ ratione; socios nempe, qui ad negotiandum dimissi sunt (hanc enim lectionem magis quoque probat) dimissi, inquam, à socio qui epulas præstare tenetur, quod velint sibi adquirere, non socio, & societatis judicio rem emptam cogi communicare, *l. si quis societatem* 74. *ff. hoc tit.* Hanc tamen communicationem esse emptionem & venditionem; nam & partem pretii socius solvere tenetur. Quod quis non videt esse nugatorium, quia sine vlla emptione & venditione ipso jure vel statim res præsentes communicantur, & vicissim traditæ censentur; vel quæ postea acquiruntur, sine vlla quoque emptione venditione, ex vi & potestate hujus contractus societatis in commune rediguntur: quod si socius qui acquisivit facere detrectet, ad id cogitur actione pro socio, quæ hoc casu sola datur, & etiam competit manente societate, *l.* 72. §. *idem Papinianus. l.* 65. §. *pen. l.* 74. *ff. eod.* denique notandum est quod glossa observat, hoc tantùm procedere in societate omnium bonorum, non in hac societate certæ rei.

Quarta interpretatio est eorum, qui hoc importunum verbum *epulas* facessere volunt, & nulla fere mutatione legendum esse censent *empolas*, vel *empulas:* sed inter se dissident de vera huius novi vocabuli interpretatione. Primus enim Guillielmus Fornerius Antecessor Aurelianensis commentario ad *tit. de verbor. significatione*, & Radulphus Guillielmi filius in *libro rerum quotidianarum*, empolam esse censent lucrum in negotiatione acquisitum, ex veteribus glossis, in quibus ita scriptum est *ἐμπολή*, *captura*, vel vt magistri Græci docent *ἐκ τῆς πραγματείας κέρδος*, *lucrum ex negotiatione.* Et hoc posito fingunt vnum ex sociis teneri reliquis ex conventione has nundinas vel empolas præstare, eósque à negotio dimittere; id est hunc solum negotiari, & ex negotiatione lucrum præstare socium sociis. Hoc vtroque casu si id non præstet, dandam esse sociis actionem, & pro socio, & ex vendito, id est ex empto: qui ad emendum societatem contraxerunt hac lege additâ, vt vnus ceteris nundinas præstaret, propè est vt ab ipso emisse videantur. Quod quis non videt esse Gallicana nive frigidius; nec enim qui lucrum communicat quid vendere censetur sociis, nec vice versa socii quid emere ab eo qui communicare te-

TTt

netur : ſimplex enim erit hoc caſu ſine vlla mixtura emptionis ſocietatis contractus.

Verior videri poteſt interpretatio viri clariſſimi & eruditiſſimi Claudii Salmaſii, qui *empolas* quoque legendum eſſe cenſet; ſed alio ſenſu, probare tentans empolam, præter alias interpretationes à magiſtris Græcis allatas, dici pecuniam ad emendum, *l'argent de l'emplete :* háncque pecuniam ex hac conventione vnum præſtare teneri, reliquos verò ad negotium proficiſci : profecti ſunt, ille nundinas vel empolas non præſtitit, tenetur pro ſocio, & ex vendito. Nec tamen docet quod in hac lege difficilius eſt, quâ ratione hic ſocius duabus actionibus teneri poſſit; & hoc Iuriſconſultis, quos in hac lege ad incitas redactos fuiſſe ait, quærendum reliquit.

Verumenimvero, quod pace magni viri dixerim, hîc non poſſum admittere hanc emendationem, repugnantibus omnibus libris tam editis, quàm manuſcriptis: & codicibus ipſis, quibus vox Græca notitiæ eſſe potuit; ſic enim habent Baſilica, quibus olim mihi vti habere permiſſum fuit, in bibliotheca viri eruditiſſimi, & nobiliſſimi Petri Fabri, Principis Senatus Tholoſani. *τὸν ἵνα τοὺς ἄλλους ἀνοχῆσαι, καὶ ἀπλεῖς ποιῆσαι.* Et ſi fuiſſet hæc Vlpiani mens, vnum teneri pecuniam ad emendum neceſſariam conferre, vt conſtat hanc conventionem tandem admiſſam fuiſſe ex *l. 5. ff. hoc tit.* ita ſimpliciter enuntiaſſet, vt in notiſſimis rituli noſtri locis, teneri vnum præſtare pecuniam, reliquos operam : nec enim notiſſima, obſcurâ iſtâ verborum circuitione, & inuſitati vocabuli vſurpatione obumbraſſet. Denique, quod ait empolam eſſe pretium mercis, nullâ auctoritate probat : ſed empolam dici de mercibus ipſis, de ipſo contractu emptionis, & de lucro negotiationis ex Suida, Heſychio, & Scholiaſte Ariſtophanis : at empolam dici quoque pretium rei, eâdem voce deſignari mercem & pretium, neque vſurpatum, neque adnotatum reperies.

Sed hoc lubenter concederem viro qui multa me docuit, dedocuitque, niſi & alia multa obſtarent, vt ex interpretatione horum verborum, *eóſque à negotio dimitteret,* liquidò conſtabit : quam tamen lectionem non probat, & cum pleriſque legendum eſſe cenſet *eóſque ad negotium dimitteret.* Retineamus igitur conſtanter & vbique lectionem Florentinam, quam Baſilica confirmanr, *nundinas, id eſt epulas, præſtaret, eóſque à negotio dimitteret.* Et vt veram, ni fallor, ſpeciem & ſententiam hujus legis aſſequi valeamus, præmittamus quædam, quæ in contextu explicanda & notanda occurrunt : & primò videamus, quomodo accipiendum ſit quod Vlpianus ait, ſocietatem ad emendum coïtam fuiſſe : ſecundò, quo ſenſu Vlpianus dicat nundinas eſſe epulas : tertiò, quomodo is qui præſtat epulas, poſſit ceteros à negotio dimittere : quartò, quâ ratione non ſolutis epulis, & pro ſocio, & ex vendito agendum ſit.

Hoc igitur primum notandum eſt, quod non fuit animadverſum, cuſtoditè Vlpianum dicere coïtam fuiſſe ſocietatem ad emendum, non ad emendum & vendendum, vt fit in ſocietate negotiationis, quod docet initium tituli *Inſtit. de ſocietate :* ſed ſimplicirer ad emendum, vt in *l. 58. §. 1. hoc tit.* ſocietas coïta dicitur ad mercem emendam. Societatis autem coïtæ ad emendum, in qua multa obſervantur, quæ in reliquis ſocietatibus locum non habent, teſtimonia multa extant in hoc titulo, vt in *l. cum duobus 52. in principio,* & *§. ſi quis ſocietatem, l. actione 65. §. ſi in rem certam.* Eſt autem ſocietas quæ nominatim ſeparatur à ſocietate negotiationis in *l. 5. h. tit.* quæ nominatim ait ſocietatem contrahi, vel vniverſorum bonorum, vel

alicujus negotiationis, vel etiam vnius rei. Societas autem vnius rei, puta ad emendam rem certam, rebus emptis, de quibus emendis coïta eſt, finitur & ſolvitur, *§. item ſi alicujus rei. Inſt. de ſocietate, d. l. actione, §. item ſi alicujus rei, ff. h. tit.* Et ſi integris omnibus manentibus, puta rebus non emptis, alter ſocius deceſſerit, deinde res empta ſit à ſocio ſuperſtite, tum eâdem diſtinctione vtimur, quâ in mandato; vt ſi quidem ignota fuerit mors alterius, valeat ſocietas, ſi nota, non valeat. Denique ſocietas ad emendum vnâ emptione conſtat, vt ſocietas ad vendendum vna venditione: ſocietas negotiationis non ex vna emptione venditionéque, ſed ex multiplici & ſæpius iteratâ, multáque habet implicita negotia: vt meritò in hac receptum eſſe videatur valere ita coïtam ſocietatem, vt alter pecuniam conferat, alter non conferat, quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet, *§. 2. verſ. nam & ita, inſt. de ſocietate.* Plerumque enim tanta eſt induſtria ſocii, vt plus ſocietati conferat quàm pecunia, ſi ſolus naviget, ſi ſolus peregrinetur, ſi pericula ſubeat ſolus; quod de ſocietate negotiorum ſcriptum eſt in *l. ſi non fuerint, ff. hoc tit.* At in hac ſimplici ſocietate ad emendum vix hoc fingi poteſt, & tanti eſſe induſtriam ceterorum ad certas res emendas, quanti ſit pecunia quæ ad emendum neceſſaria eſt. Ideóque Vlpianus, meo quidem judicio, de ſolida pecunia præſtanda quidquam in hac l. cogitare potuit; & fruſtra omnino ſunt, qui neſcio quas empolas pro epulis nobis ſubjiciunt.

Sed videamus cur Vlpian. dicat nundinas eſſe epulas. Et veriſſimum eſt quod eruditiſſimus Galenus docet in *libro tertio de ſimplicibus medicamentis*, conturbatum & confuſum nominum vſum, rerum ipſarum cognitionem conturbare & confundere: hoc enim verbum variè & multipliciter conſtat acceptum, nam præter notiſſimam ſignificationem, nundinas pro locis ipſis in quibus nundinæ habentur dictas fuiſſe reperio: & ita quod *l. 3. §. vlt. ff. de feriis* ait, aliquid exigi nundinarum nomine à negotiatoribus, id *l. vnica, C. de nundinis* exactum fuiſſe docet pro locorum temporali quæſtu, in quibus negotiatores vendunt merces; vt apud Græcos *πανήγυρις* dicitur pro locis ipſis, qui jus mercatus & nundinarum habent, qui in *Novell. 4. de prædiis. Eccleſiaſt.* ſimpliciter dicuntur *τόποι*. vnde forſitan in idiotiſmo vulgò dicimus *places*, pro nobilium locis, in quibus jus nundinarum & mercatus habent. Sed & nundinas dici de ipſo contractu emptionis, & de lucro negotiationis, colligere licet ex iis D. Cyprian. verbis in *Sermone de lapſis, Quoſdam Epiſcopos rerum ſecularium procuratores fieri derelictâ cathedrâ, per alias provincias oberrantes negotiationis quæſtuoſa nundinas aucupari.* & in *epiſt. 2. Aut gratificantur, aut illicita negotiationis nundinas aucupantur.* D. Ambroſius in *Evangel. Lucæ, cap. 19. Venditores quoque ovium & boum eos eſſe puto, qui de labore alieno, vel ſimplicitate, fœdi auctionatores quaſdam nundinas aucupantur.* Plin. verò *lib. 29. cap.* 1. medicorum qui, vt loquitur, vitas noſtras negotiantur, rapaces nundinas dixit: quia immani pretio artem & operam venditare ſolent. Has autem denominationes vel ex eo ſumptas apparet, quòd in nundinis tractari & agitari ſolent: & nundinas dictas fuiſſe epulas perſpicuè docet hoc loco Vlpianus, nam & in nundinis datas epulas conſtat ex Ariſtide in Iſtmico, & Iſocrate in Panegyrico. Nundinarum fuiſſe feſtos dies, etiam vetus Gloſſarium Græcolatinum docet; nullus autem dies feſtus ſine convivio, & inde feſta, convivia in *l. 17. C. Theod. de paganis ſacrific. & templ.* Zeno Veronenſis in *Sermone de Paſchat. Læti convivi celebremus feſtum Paſcha:* & ſerva quod ait *læti*, ideo enim epulæ dicuntur lætitiæ in veteri Gloſſario Ancilembi Gotthi, quod extat in bibliotheca celeberrimi monaſterii Moyſſiacenſis: & in eodem Gloſſario, *epula, ambitio*; prandia enim, vel epulas dare ſolebant, qui honores & dignitates captabant, vt

notissimum est ex Cicerone, in *orat. de petitione Consulatus:* quod & hodie bellissimè vsurparur ab his qui honores municipales ambiunt. Ceterum Græcos epulas vocasse πανηγύρεις, convincit insignis locus D. Chrysostomi jam notatus ab Henrico Stephano, in *auctario Thesauri linguæ Græcæ*; & πανηγυρίζειν nihil aliud esse, quàm lætari & convivari, vt licet colligere ex his quæ Balsamo notat ad *Canon. 52. sextæ Synodi in Trullo.*

Adeò igitur latâ significatione hoc vocabulum vagatur, vt hæ epulæ, quæ in nundinis præstantur, dictæ fuerint nundinæ: sic in jure nostro sponsalia dicuntur propriâ significatione promissiones & repromissiones nuptiarum, *l. 1. ff. de sponsalibus*, & pro arrhis sponsalitiis, locis notissimis: & quia in sponsalibus dantur epulæ, sponsalia pro convivio eâdem formâ dixit Marcus Tullius in *epistola ad Quintum fratrem*, scribens se Crassipedi, qui Tulliolam desponderat, sponsalia præbuisse, id est epulas quas pater sponsæ sponso dare solet. Et hac opinor ratione Christiani sacrosanctam Eucharistiam, sacrúmque convivium synaxim vocare solebant: sic enim indigetabant celebres conventus Christianorum; nullus autem conventus fuit sine convivio sacro, & Eucharistiæ perceptione. Nemini ergo mirum videri debet, si nundinæ dictæ fuerint epulæ, quia in nundinis eas præstare solebant: ideóque Vlpianum nundinas, id est epulas dixisse, vt doceat nundinas hoc loco non esse præstationem illicitam, quæ prohibetur in *l. 3. §. vlt. ff. de feriis*, vel aliud quid quod nundinarum nomine possit vsurpari; sed esse licitam & receptam præstationem, eam denique à mercatoribus vsurpatam epularum nomine.

Has autem in emptionibus & venditionibus ab emptoribus datas fuisse non dubito, vt & aliquid vice versa datum fuisse constat à venditoribus emptoribus, auctarii nomine, quod mantissa dicebatur, vt Festus docet, & ad Festum doctissimus Scaliger: hujúsque aut similis præstationis, quæ ab emptore venditori dari solet, vestigia observare licet in *l. ædiles 25. §. preterea, l. debet, ff. de ædil. edict. l. 17. 18. 19. 20. ff. de liberali causa.* Ex quibus omnibus obseruo, præter pretium, accessionis loco datum aliquid fuisse ab emptore venditori; & hoc apud Hispanos ex vetustissimo jure frequentissimum docuit Hieron. Blancus in *commentariis rerum Arragonensium*, allatis in hanc rem verbis antiqui legum Hispanicarum interpretis, *In venditionibus*, inquit, *antiquum jus erat, vt emptor in signum adeptæ possessionis prandium aliquod vendenti præberet, vel depactam pro eo pecuniæ quantitatem.* Simile quid Plinius *lib. 10. epist.* de Decurionibus: *Solent*, inquit, *totam bulem, vel curiam vocare*, (quod verbum convivale esse constat) *vel singulis duos denarios dare.* & in *l. civitatibus 122. ff. de leg. 1. Quod ad divisionem singulorum civium, vel epulum relictum fuerit.* Hanc autem prandii vel certæ pecuniæ præstationem in venditionibus, Arabico vocabulo *alialam*, vel *alifaram* dictam fuisse idem auctor docet: & alialæ solutionem in ipsis instrumentis emptionis annotant, vt in veteri charta, *pro venditionis aliala duos morobatinos, & septem denarios acceptos:* quod à veteribus Romanis accepisse Hispanos verisimile est, ex quorum moribus & institutis multa in publicis & privatis negotiis observasse eos passim viri docti censent. Et ne longiùs abeamus, idem quoque in hac Gallia Burgundiones nostros vsurpare audio, nullámque contrahi emptionem sine certa epularum taxatione ab emptore præstanda, quam & ipsis instrumentis solent inserere.

Ex iis igitur omnibus, quæ vulgò non observantur, mihi tandem liceat evincere epulas in lege nostra non esse temere rejiciendas. Hæc fuit igitur conventio, vt vnus reliquis socius has nundinas, vel epulas præstaret; quas scilicet emptores vendi-

toribus præstare tenentur, & quas opinor in ipso emptionis venditionis contractu emptores se daturos pacisci solebant. Nisi quis malit & hoc tacitè in his contractibus inesse, quasi vsurpatum & frequentatum in emptionibus venditionibus, argumento, *l. quod si nolit*, *§. quia assidua*, *ff. de adilitio edicto*. Præstare autem vnus dicitur reliquis sociis, quoniam tam pro se, quàm pro sociis præstare tenetur venditori; sic enim hæc verba accipienda sunt, *reliquis præstaret:* & hunc quasi naturalem ex consuetudine recepta intellectum habent, vt non sociis tantùm epulas dare teneatur, sed etiam venditori, cujus potissimùm causâ hæc conventio adhibita fuit: vt cùm omnes socii rebus emptis, de quibus emendis societas coïta erat, huic præstationi obstringantur, hoc onus vnus suscipiat, suisque impensis convivio excipiat & venditorem, & socios, quam interpretationem insinuant Basilica. Sciendum tamen est huic præstationi vnumquemque sociorum esse obnoxium, pro parte quam in societate habet; omnes enim tenentur actione ex vendito, quæ pro portione tantùm datur in socios, vt & actio ex empto; quod nominatim Iurisc. docet *l. justissimè*, *§. 1. ff. de adil. edict.* ad differentiam actionum ædilitiarum, quæ aliquando adversus vnum ex sociis dantur in solidum: & tenentur, inquam, in specie hujus legis omnes socii ex vendito, id est eâdem actione, eâdémque ratione, quâ pretium solvere tenentur venditori; est enim hæc erogatio epularum, vt jam docui, veluti accessio quædam pretii. Emptione igitur perfectâ, atque ita finito negotio ad emendum, nascuntur actiones, quibus hic socius conveniri potest vt cogatur epulas præstare, & venditori, & sociis: itaque cùm solvit epulas, liberat se ab obligatione quâ tenetur venditori pro parte sua, & ab obligatione quâ sociis obligatur ex conventione expressâ; quod apertiùs sequentia verba confirmant, *eósque à negotio dimitteret*, sic enim omnino legendum est ex fide Pandect. Florentinarum, & ex Græcorum interpretatione, quæ sic habet, *eósque immunes præstaret*. Nam quod in quibusdam libris scriptum est, *eósque ad negotium dimitteret*, id planè est à manu correctorum, qui initium quoque legis interpolarunt, legentes, *vt vnus reliquis nundinarias epulas præstaret*; quasi ferendum non sit quod Vlpianus dixit, *nundinas, id est epulas, præstaret*. Et satis mirari non possum viris eruditis hanc lectionem magis placuisse, quam & dominus Cujacius confirmare & illustrare tentavit; quia societatem magnæ cujusdam negotiationis coïtam fuisse existimarunt, & ita socium, qui epulas præstare tenetur, tamquam magistrum quemdam societatis constitutum, vt fit in vectigalibus, ceteros ad negotiandum dimisisse. Contrà tamen Vlpiani verba docent, vnius tantùm & certæ rei, id est ad certam rem emendam, coïtam fuisse societatem, vt jam præmonui. Denique negotium esse quod finitur rebus emptis, de quibus emendis societas contracta est, quæ passim in *hoc tit.* ad differentiam ceterarum societatum, vel omnium bonorum, vel negotiationis ad emendum & vendendum, dicitur custoditè societas ad emendum, & vice versa societas ad vendendum. Hoc igitur est commune negotium, de quo quæritur in hac lege; & ita nominatim dicitur in *l. cum duobus, ff. hoc tit.* à quo socii planè dimittuntur, solutis nundinis & epulis à socio, qui eas solus præstare tenetur. Est enim hæc solutio veluti extremum, & vltima linea negotii; quod eâdem formâ mihi dicere liceat, quâ Iurisconsultus ait, executionem vltimam rei judicatæ esse extremum jurisdictionis, in *l. vnica, ff. si quis jus dicent. non obtemper.* Et hoc est quod Vlpian. eleganter ait, *eósque à negotio dimitteret*; quod eâdem elegantiâ dicitur, quâ passim in his libris debitores dicuntur solutione debiti dimittere creditores.

His cognitis, facilior erit species hujus legis. Primus, Secundus, Tertius societa-

rem coïerunt de re certâ communi nomine emendâ, additâ in continenti hac conventione, vt tertius epulas, quas perfectâ emptione emptores tenentur solvere venditori, cui scilicet ad præstandas epulas obligantur ex contractu venditionis, & tenentur actione ex vendito pro partibus quas in societate habent: vt hic, inquam, tertius præstaret epulas, quas omnes præstare debent, & propriis impensis venditorem exciperet, *qu'il payera le festin du marché*: & ita hac epularum solutione defunctus, primum & secundum à communi negotio dimitteret immunes. Res de quibus emendis convenerunt emptæ sunt à primo & secundo, quorum major erat solertia & industria in emendo; ideóque valet hæc conventio de epulis, quas omnes debent, à tertio præstandis: atque ita rebus emptis finita est societas ad emendum, restat tantùm vt epulas solvat tertius; quas tamen solvere detrectat, & consultus fuit Vlpianus quâ actione cogendus sit. Primâ fronte dicendum videtur, in promptu esse actionem pro socio, tam expressâ conventione formatam; quia, scilicet, hanc præstationem epularum suscepisse videtur tertius, quâ tenetur epulas præstare, & socios à negotio dimittere. Sed contrà respondet Vlpian. & pro socio, & ex vendito agendum esse: non tamen ait à quibusnam agendum sit, sed indefinitè ait agendum esse. Et ita hæc verba omnino accipienda sunt, vt vtramque actionem exercere, & proponere necessarium sit; ait enim, *& pro socio & ex vendito*, rejectâ veterum interpretum sententiâ, etiam à domino Cujacio reprobatâ, qui existimabant hac vel illâ actione agere posse primum & secundum, vt fit in concurrentibus actionibus, quarum vna electa alteram tollit: fingentes mixturam quamdam vtriusque contractus, societatis, & emptionis, in hac conventione: qui error jam satis superque profligatus est.

Hujus autem brevis & obscuri responsi Vlpiani ratio hæc esse videtur, quia conventio in hac lege proposita respicit tantùm partes primi & secundi; non autem partem quam tertius proprio nomine præstare tenetur venditori. Hoc enim actum esse censetur, vt tertius socios præstaret immunes. In iis contractibus, & actionibus quæ ex his descendunt, cùm quæritur quid in judicium veniat, primum inspiciendum est quid actum sit, *l. ex empto*, §. 1. *de action. empt.* At primus & secundus sibi prospicere voluerunt pro partibus suis, nec potestate hujus actionis pro socio consequi possunt, vt partem, quam proprio nomine debet tertius venditori, solvere cogatur: neque de ea agere possunt alieno nomine, sine mandato, & cessione actionis: nisi quis fingat solutas fuisse epulas venditori à primo & secundo; quo casu actione ex vendito, quâ tertius obligatus est venditori, primus & secundus agere possunt vtili actione, directâ manente penes venditorem, *l. si cum emptore, ff. de pactis, l.* 1. §. *etsi forte, ff. de tutela & rationibus distrahendis.* Hac actione non mandatâ, neque emptâ obligatione, & actione, contra tertium nullâ ratione agere possunt primus & secundus pro parte tertii: sunt enim actionum certi modi, certæque causæ, quæ quamvis pactione aliquando immutari possint, *l. nec ex Prætorio, ff. de regulis juris*, hac tamen pactione nihil de jure, quo tertius pro parte sua obligatur venditori, immutatum proponitur. Imò, si hoc actum fuisset, vt quod suo nomine pro parte sua tertius debet, præstare teneretur venditori, hæc conventio nullius esset momenti: sunt enim obligationes inventæ ad hoc, vt vnusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum vt alii detur nihil mea interest, vt eleganter ait *l. stipulatio ista*, §. *alteri, ff. de verb. oblig.* neque possumus hanc conventionem ex *d. l. stipulatio ista*, §. *si stipuler alii*, in qua valet obligatio si quis alii stipuletur, in casu proposito accipere. In hac enim specie ratione partis, quam tertius debet vendi-

tori, primus & secundus numquam obligati fuerunt, neque futuri sunt. Necessaria est igitur actio ex vendito, quæ competit venditori adversus tertium: atque ita duabus actionibus in hac specie opus est, vt cogatur tertius præstare epulas venditori & sociis.

Et hanc interpretationem eliciendam esse existimavi, tam ex Græca paraphrasi, quàm ex sententiâ domini Cujacii, qui in fine *d. cap.* 17. *lib.* 4. *Obs.* vtraque actione, & pro socio, & ex vendito esse agendum ait: nec tamen eâdem fini dari actionem ex vendito adversus eum qui, vt loquitur, epulas parat, quâ datur actio pro socio: quâ autem fini detur, nobis quærendum relinquit. Quòd si vir magnus censuit actionem ex vendito non dari venditori, vt tertius pro parte quam debet cogatur præstare epulas; sed ad pretium, aut quid aliud ex venditione consequendum, de quo nulla proponitur controversia: nemo non videt hoc esse contra verba Vlpiani, qui nominatim ait, *si eas eis non solverit*; ait, inquam, *eas*, scilicet epulas, de quibus ab vno præstandis convenerat, adversus quem his duabus actionibus agendum est. Has tamen non eâdem fini dari lubentissimè Doctori meo concedo, quia actio pro socio datur primo & secundo, vt partes, quas ipsi debent, solvere teneatur tertius: actio ex vendito venditori, vt tertius partem suam solvere cogatur. Sicque sententiæ D. Cujac. hoc tantùm addo, has actiones omnino dandas esse; vt socius teneatur præstare epulas, latiùs illustratâ ratione, quâ ob eam causam hæ duæ actiones dandæ sunt.

Sed post variam mentis meæ agitationem animadverti tandem, verius forsitan esse quod mihi jamdiu in mentem venit, ponendum esse in hac lege, primum & secundum emptione perfectâ solvisse statim epulas venditori; quod moris & consuetudinis fuisse non dubito, vt vno tenore epulæ solvantur. Ideóque ita verba hujus pactionis accipienda sunt, vt teneatur tertius quodcumque harum epularum nomine à primo & secundo datum fuerit venditori, eisdem solvere; atque ita immunes à negotio suscepto dimittere. Et ita positâ specie, non possumus admittere quod D. Cujac. ait, has actiones non dari iisdem: datur enim vtraque actio primo & secundo, remanéntque in hac specie superiores rationes dubitandi & decidendi supra à me diligenter expositæ. Actio enim pro socio tantùm locum habere potest pro partibus primi & secundi, non pro parte tertii, quam veluti à venditore emptâ actione debent à tertio petere propriâ actione ex vendito: sunt enim primus & secundus veluti hujus nominis & actionis emptores, & eadem actione agunt, quâ venditor agere potuit, *l. Modestinus, ff. de solutionib. l. cùm possessor, ff. de censibus, l.* 1. *&* 2. *ff. de oblig. & action.* Hoc enim casu etsi directa mandata non sit, datur tamen vtilis ex constitutionibus, *d. l. prima*, §. *etsi forte, ff. de tutel. & ration. distrah.* Et hæc mihi videtur verisimilis sententia, *d. l. cùm societas*, quâ confirmatur epularum præstatio. Eámque ad vsum & praxim revocare possumus, cùm quæritur de prandiis pro introïtu præstandis, de quibus Ægidius Bellamera in *Consil.* 31. & Rebuffus noster *de reservationibus.*

FINIS.



INDICES QVATVOR
A DOMINO CVIACIO COMPOSITI
& editioni Institutionum subjecti.

INDEX I.

Decisionum & Constitutionum Imp. Iustiniani, quarum fit mentio in his Institutionum libris.

Decisiones sunt, quæ dirimunt controversias juris veteris, quæ & Constitutiones dicuntur. Specialiter autem Constitutiones sunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Et ex decisionibus quidem sunt quæ sequuntur.

Constitutionum autem, quarum in his libris meminit Iustinianus, alias jam fecerat, alias nunc facit, alias postea facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ sunt Græcæ, aliæ Latinæ: Græcæ quæ sequuntur.

Latinæ autem quæ sequuntur.

Et hæ quidem sunt constitutiones, quas jam fecerat Iustinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris sequentes, quæ non extant alibi.

Facturus autem erat Iustinianus; nondum fecerat eam constitutionem, cujus sententiam prævortit exponere in extremo cap.

Ex hoc verò tam ingenti numero Constitutionum Iustiniani, quæ referuntur in his IV. Institutionum libris, & repetuntur quædam etiam in eis sæpius, satis liquet jure meritòque hos libros Iustiniano attribui potiùs, quàm aliis vel Imperatoribus, vel legum aut juris auctoribus, ex quibus sumpta sunt cetera quæ in his libris referuntur. Quorum etiam omnium simul, ac locorum singularium quibus hi libri sunt insigniti, indicem conficere operæ mihi visum est.

INDEX II.

Constitutionum aliorum Imperatorum, qua in hisce libris referuntur.

Sæpissime etiam retro Principum Constitutiones Constantini, Theodosii, Valentiniani, & aliorum, nomine non expresso in his libris adducuntur, & quæ vsu fori solo increbuerant irroboraverántque.

INDEX III.

Legum & Senatusconsultorum veterum, quorum fit mentio in his libris.

INDEX IV.

Auctorum juris, aliorúmque, qui testes citantur in his libris.



INDEX AVCTORVM,

qui illustrantur, aut emendantur.

INDEX LOCORVM IVRIS,

qui in his annotationibus illustrantur.

INDEX RERUM ET VERBORUM,

Quæ & in Textu Institutionum, & in Annotationibus explanantur.

Præcedens numerus paginam indicat, §. Textum; n. Notam.

Actiones

G

H

I

Sal-

L

N

inter

S

T

T

V

FINIS.

Duo ſubſequentes indices jungendi ſunt aliis quatuor præcedentibus à Cujacio compoſitis.

NOVELLÆ CONSTITVTIONES QVÆDAM IVSTINIANI Imp. ab Irnerio epitomatæ, & per hosce Institutionum libros, suis quæque & convenientibus locis sparsæ.

Lib. 1. c. 4. pag. 23. §. 1.

C. N. *Novo jure omnes liberti ingenui sunt, & habent jus aureorum annulorum, jure patronatus illæso.*

Eodem lib. c. 6. pag. 29. §. 1.

C. N. *Hodie autem ex quo testari possunt, possunt & libertates relinquere, antiqua lege cessante.*

Eodem l. c. 10. pag. 48 §. 12.

C. N. *Incestas nuptias contrahentis pœna est confiscatio bonorum omnium, exilium, spoliatio cinguli, verberatio, infamia.*

Eodem cap. pag. 48. §. vlt.

C. N. *Hoc jus locum habet, licèt ante hoc consortium legitimorum pater sit ex alia conjuge, à qua separatus sit legitimè.*

C. N. *Sed hoc non permittitur in ancilla, nisi ei qui sine legitimis reperitur.*

C. N. *Sed his qui ex ancilla sunt, ex ipsa dotis inscriptione simul & libertatem tribui & jus suorum.*

C. N. *Qui prolem legitimam non habet, potest naturales ex hujusmodi consuetudine precibus Principi datis legitimos constituere sibi sine matrimonio, si mulier jam defuncta sit, vel deliquit, vel occultetur, vel aliàs venire prohibeatur, vel quoquomodo matrimonium impeditur, vt sacerdotio. Item sine legitimis in testamento scribens velle naturales sibi fore legitimos successores, licentiam habent vt post mortem ejus filii supplicent testamentum ostendentes, & principis ac legis dono fiunt heredes, si tamen voluntatem patris ratam habeant. quod generaliter observatur.*

C. N. *Si quis liberos naturales habens de libera quæ ei uxor esse poterat, dicat instrumento sive publicè, sive propria manu conscripto, habente subscriptionem trium testium fide dignorum, sive in testamento, sive sub gestis monumentorum, hos filios suos esse nec adjecerit naturales, hujusmodi filii ei legitimi successores erunt. Et si vni ex prædictis filiis testimonium quodlibet ex prædictis modis præbuerit, ceteris ex eadem muliere natis, ad legitima jura sufficiet.*

Eodem lib. c. 12. p. 57. §. 4.

C. N. *Sed hodie omnis dignitas liberans à curia & episcopalis ordinatio liberos à potestate patria eximit, peculio eis ex hoc concesso omnique jure legitimo integro iis servato.*

Et §. 5. in illum locum, *si verò ibi decesserit*, pag. 58.

C. N. *Cùm incestas nuptias pater contraxerit, liberi ex priori matrimonio supplicio patris sui juris fiunt.*

Eodem lib. c. 16. § 7. p. 69.

C. N. *Hodie sicut hereditas defertur proximis, adgnatione non inspecta, ita & tutela.*

Eodem l. c 21. pag. 79. §. vlt. *si inter tutorem.*

C. N. *Novo jure debitor minoris vel creditor, ejus tutor fieri vel curator prohibetur. quia & si postea creditor efficiatur, non sine adjuncto curatore administrabit: & ab initio vel probet, vel juret se creditorem & minorem sibi obligatum, vel res ejus habere. nam si taceat, ab actione cadit. Item debitor tacens non juvatur solutione, vel redhibitione postea facta: & si cessionem adversus minorem accepit: finita cura, nec qui cessit agere debet, cùm in legem commiserit.*

Lib. 2. c. 6. pag 155. §. 3.

C. N. *Sed hodie malæ fidei possessore alienante cessat longi temporis præscriptio, si verus dominus ignorat & jus suum & alienationem factam. spectatur ergo XXX. annorum defensio.*

Eodem l. c. 7. p. 161. §. 2. versi. *& cum retrò.*

C. N. *Similiter à privatis in principem cessantibus actis fit donatio.*

Eodem cap. §. 3 pag 163.

C. N. *Hodie æqualitas omnino servatur in dote & donatione nuptiali tum in Constitutione vtriusque quàm præstatione, & in augmento & in lucris existentes de proventuris.*

Et cap. 13. pag. 189. init.

C. N. *Non liceat parentibus si quem ex liberis velint exheredare vel præterire, nisi si is probetur ingratus à scripto herede, & ingratitudinis causa inferatur nominatim testamento. Causa verò comprehensa sunt XIV. sub cap. De inoff. test.*

Et cap. 18. pag. 215. §. 3.

C. N. *Hodie non licet parenti debitam portionem liberis relinquere nisi jure institutionis: nec præterire liberos nec exheredare, nisi causas ingratitudinis probandas ab herede nominatim inseruit testamento, quæ XIV. sunt. Si parentem accusaverit, nisi crimine majestatis. Si parenti manus intulerit. Si gravem & inhonestam ei injuriam fecerit. Si cum maleficis vt maleficus conversatur. Si vitæ parentis per veneficium vel alio modo insidiatus fuerit. Si novercæ aut concubinæ sui parentis sese immiscuerit. Si ex delatione filii graviæ dispendia parens sustinuerit. Si pro parente incluso liberi masculi capaces doli qui ab intestato ei succedunt rogati ab eo pro persona vel debito in quantum idonei sunt, fidejubere noluerint. Si convictus fuerit filius parentem prohibuisse testari, vnde parenti liceat exheredare si postea testamentum fecerit, sed si in ipsa prohibitione intestatus decesserit*

adversus eum suat actiones ii quorum interest exercere possunt. Si citra voluntatem neque arenarii neque mimi filius cum arenariis vel mimis conversetur. Si filia vel neptis non consenserint parentis voluntati volentis eas honestè copulare, sed luxuriosè vivere elegerunt: Sed XXV. *an. facta aliqua, parente differente eam marito copulare, in suum corpus peccaverit, vel sine consensu parentis libero marito se junxerit, hoc ad ingratitudinem ei non imputatur. Si liberi furioso parenti curam prabere neglexerint, unde tam exheredatione digni sunt quàm pœnis legitimis, is enim legitimus successor erit qui attestatione missa, eum in sua domo susceperit. Si liberi parentem captum ab hostibus noluerint redimere. Si patre orthodoxo ipsi haretici fuerint.*

Eodem cap. illo loco *ad quartam legitima partis.* ead. p. 215 & eod. §. 1.

C. N. *Hodie si quatuor sunt vel pauciores triens ex substantia deficientis, si plures semis debetur eis jure institutionis.*

Eodem l. cap. 21. pag. 247. fin.

C. N. *Nisi testator sciens modum sui patrimonii expressim vetuerit ne heres Falcidiam retineat, qui si defuncto non paruerit, prater debitum naturale, aufertur ei hereditas applicanda cum suo onere substitutis, data super hoc cautione vel coheredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario sive soli ex pluribus in parte potiori vel speciali fideicommissario sive legatario majoris emolumenti, vel hominibus libertate in testamento donatis, prout quisque eorum priùs nominatus est, exheredatis, nec hic respectis. postremò defertur extraneo vel fisco. Item si heres mensuram substantia subtiliter agnescens quadam legata prastitit in solidum, neque ex hic repetitio, neque ex aliis permittitur retentio, nisi inopinatum quid emergat. his cessantibus locus est Falcidia inventario secundùm tempus statutum in aditione facto sub prasentia legatariorum vel agentium pro eis si illi interesse non possint; vel si absint, vel interesse nolint, succedat prasentia trium testium eiusdem civitatis locupletum probata opinionis, absque praiudicio tamen veritatis inquirenda per servorum quastionem & heredis testiúmque jusjurandum. quo non observato, solida legata prastat etsi fines hereditaries excedant. nulla autem talium quastionum vel litium transcendat annum.*

C. N. *Item in ea re Falcidia cessat qua ita relicta est ne alienetur, sed permaneat apud successores ejus cui relicta est. Similiter cessat in his Falcidia qua ad pias causas relicta sunt.*

Lib. 3. cap. 1. pag. 267. §. 2.

C. N. *Omnis successio ab intestato sic disponitur nova lege, jure quod pracessit vacante. Liberorum prima est causa, exclusa prorsus omni tam sexus quàm patria potestatis differentia. Si ex pluribus descendentium personis aliqua pramortua sit, in ejus locum progenies sua in stirpem vocanda subrogatur. Si persona ab intestato morienti descendentium nemo sit heres, ascendentium secundus est ordo, qui prafertur omnibus à latere venientibus quando frater vel soror utrimque defuncto conjuncti non succedunt vel eorumdem filii. Vocantur autem ascendentes salva gradus prarogativa, quia proximiores in gradu, potiores in jure sunt. Si verò pares gradu pariter vocantur, paternis quidem dimidia defertur, maternis alia dimidia, quamvis dispar sit numerus eorum. Si concurrant cum parentibus fratres utrimque defuncto conjuncti vel sorores, in capita succedunt unà cum patre vel matre defuncti. Unde consequens videtur ut ulterioribus parentibus non habeantur inferiores. nec habetur hic [illegible] sexus vel potestatis ratio, sed nuptiarum fortè secundarum, ut in matre qua propter abolitionem infamia prioris conjugii liberis dimidium substantia sua donaverat, quorum si quis pramoriatur, fratres soli in id quod donatum est succedunt, matre nihilominus habitura. Cùm verò pater unà cum liberis succedit, partis eorum nullum usumfructum sibi vendicet, pro quo jus hereditatis cum proprietate per hanc legem ei tributum est. Cùm nemo descendentium aut ascendentium succedit, defuncti hereditas ab intestato defertur ordine tertio ad fratres sororésque quibus pater & mater communes cum defuncto fuere. habeat autem hic locum fratris etiam filius pramortui & filia in stirpem scilicet vocati. ista ut isti ex tertio gradu venientes excludant defuncti fratrem uno dumtaxat parente conjunctum, & multo plus patruum defuncti. Fratribus hujusmodi cessantibus & eorum filiis sequenti loco vocantur ex uno dumtaxat parente fratres ac sorores, ubi rursus pramortui fratris filius vel filia quasi stirps una locum habet, qui & ipsi patruum defuncti repellunt. His deficientibus reliqui cognati vocantur à latere secundùm gradus prarogativam, nulla sexus vel potestatis admittenda differentia. Valet autem hoc in illis tantùm solis qui fidei Catholica sunt, cùm haretici sunt indigni.*

Eodem lib. & cap. pag. 276. §. 15. illo loco *ut minus tertiam partem acciperent.*

C. N. *Novo jure pariter ad hereditatem avi defuncti ab intestato vocantur.*

Huic particula No. 18. hoc erat adnexatum in veteri libro. Dominus Martinus non putat hic esse novi juris mentionem faciendam, cùm in fine hujus tituli hoc corrigatur.

Eodem lib. cap. 2. pag. 281. §. 4. illo loco, *scilicet ubi frater & soror.*

C. N. *Sed novo jure filii fratris pramortui vel sororis pramortua utrimque conjuncti defuncto vel defuncta utrimque conjunctis vocantur in stirpem.*

Et in fine eiusdem §. 4. ibid.

C. N. *Sed novo iure in stirpes non in capita prædicta dividitur hereditas.*

Eodem lib. cap. 3. pag. 286. §. 5.

C. N. *Defuncto vel defuncta sine liberis, parentes si soli sunt succedunt, salva gradus, prærogativa. Si pari gradu, pariter vocantur, paternis quidem dimidia, maternis quoque dimidia delata, licèt dispar sit eorum numerus. Cum patre & matre fratres sororésve vtrimque conjuncti defuncto vel defunctæ vel filii fratris præmortui vel sororis præmortuæ vtrimque adjuncti defuncto vel defunctæ vocantur, vt viriles fiant portiones. filiis fratris vel sororis vocatis in stirpem, exclusa prorsus omni differentia sexus & patriæ potestatis, vbi nulla secundarum nuptiarum sit mentio. Si primi gradus parentes non essent, qui vocantur cum eis excluderent inferiores. Post parentes & fratres & sorores ex vtroque parente & filios eorum, admittuntur ex vno latere fratres sororésve, cum quibus & filii eorum si qui ex eis jam decesserint. Ex transverso nulli liberi in locum defuncti parentis succedunt, nisi filii fratris vel sororis præmortuæ.*

Eodem lib. cap. 5. pag. 289. fin.

C. N. *Sed hodie æqualiter succedunt adgnati & cognati, omni cessante differentia.*

Eodem lib. cap. 20. p. 348. fin.

C. N. *Sed hodie vtroque præsente reus prius conveniendus est: sed absens ab intercessore præsente hoc desiderante deducendus est intra tempus definitum à judice, quo transacto intercessor satisfacere compellitur, cessis sibi actionibus, absque distinctione contractus sive intercessoris.*

Lib. 4. c. 16. pag. 494. §. 1. versic. vtriusque etiam.

C. N. *Qui agunt vel conveniuntur coram judicibus jurent, nihil judicibus vel alii persona pro hac causa per se, vel per alium dedisse, vel promisisse, neque dabunt exceptis his quæ aduocatis præstant, aliisque personis, quibus nostræ leges dari disponunt.*

C. N. *In isto juramento adjiciendum est nullam in tota lite exactum iri probationem, nisi quam pro veritate putat quis exigendam esse necessariò, ne sæpius juretur.*

INDEX RERVM ET LOCORVM SINGVLARIVM FERE omnium, quibus similes in Iure nulli sunt alii.



